Das

System der erworbenen Rechte.

Eine Versöhnung

des

positiven Rechts und der Rechtsphilosophie

von

Ferdinand Lassalle.

In zwei Theilen.

Erster Theil.

Leipzig:

F. A. Brockhaus.

1861.

Die

Theorie der erworbenen Rechte

und der

Collision der Gesetze

unter besonderer Berücksichtigung

des

Römischen, Französischen und Preußischen Rechts

dargestellt

von

Ferdinand Lassalle.

Τρέφονται γὰρ πάντες οἱ ἀνθρώπινοι νόμοι ὑπὸ ἑνὸς τοῦ θείου· κρατεῖ γὰρ τοσοῦτον, ὁκόσον ἐθέλει καὶ ἐξαρκεῖ πᾶσι καὶ περιγίνεται.

Heraklit.

Et ego in hoc omni sermone nostro, quod ad cumque legis genus me disputatio nostra deduxerit, tractabo, quoad potero, ejus ipsius generis jus civile nostrum; sed ita, locus ut ipse notus sit, ex quo ducatur quaeque pars juris, ut non difficile sit, qui modo ingenio possit moveri, quaecumque nova causa consultatione acciderit, ejus tenere jus, cum sciat a quo sit capite repetendum.

Cicero, De legg., II, 18.

Leipzig:

F. A. Brockhaus.

1861.

Meinem Vater

zu

seinem siebzigjährigen Geburtstage

in

Liebe und Dankbarkeit gewidmet.

Vorrede.

Wenn das nachfolgende Werk seine Aufgabe wahrhaft gelöst haben soll, so kann und darf es in seinem letzten Resultate nichts geringeres sein, als die rechtswissenschaftliche Herausringung des unserer ganzen Zeitperiode zu Grunde liegenden politisch-socialen Gedankens. Diese Behauptung kann im ersten Augenblick paradox, der Zusammenhang eines rechtswissenschaftlichen Werks, welches rein und streng als solches auftritt, mit dem politischen Zeitgedanken unklar erscheinen. Die tiefere Nothwendigkeit desselben ergibt sich nichtsdestoweniger schon aus einer kurzen Betrachtung.

Was ist es, das den innersten Grund unserer politischen und socialen Kämpfe bildet? Der Begriff des erworbenen Rechts ist wieder einmal streitig geworden — und dieser Streit ist es, der das Herz der heutigen Welt durchzittert und die tief inwendigste Grundlage der politisch-socialen Kämpfe des Jahrhunderts bildet!

Im Juristischen, Politischen, Oekonomischen ist der Begriff des erworbenen Rechts der treibende Springquell aller weitern Gestaltung, und wo sich das Juristische als das Privatrechtliche völlig von dem Politischen abzulösen scheint, da ist es noch viel politischer als das Politische selbst, denn da ist es das sociale Element.

Aber die bloße Nothwendigkeit, hierauf erst noch hinzuweisen, zeigt nur, in welcher geistlosen Verflachung und Oberflächlichkeit

der Begriff des Politischen von den Wortführern der liberalen Bourgeoisie gefaßt wird, und ist nur ein Ausfluß hiervon. Die Isolirtheit, in welcher die liberale Bourgeoisie das Politische auffaßt, ist es, welche ihren Standpunkt und Geisteshorizont charakterisirt und die Natur ihrer Leistungen bedingt. Diese Isolirtheit ist es, welche zugleich ihren politischen Diatriben jenen erstaunlich langweiligen kannegießernden Anstrich verleiht; sie ist es, welche sie zwingt, da sie niemals von der Universalität des Geistigen eine Ahnung erlangt und sich des politischen Inhalts nur in jener todten Abgerissenheit zu bemächtigen sucht, in welcher das Geistige sein Leben und sein Verständniß eingebüßt hat, sich an bloße Worte hinzuverlieren und auf Worten, mit Worten und für Worte zu kämpfen!

Dieser Wortcultus kann natürlich nicht umhin, zu einem gänzlichen Verlust jedes Gedankeninhalts und in dessen Folge zu den ergötzlichsten Verwirrungen zu führen. So gilt in Deutschland bekanntlich Savigny, der Chef der historischen Schule, als ein Hauptrepräsentant der reactionären Partei, während seine Principien über die erworbenen Rechte noch wahrhaft revolutionär und umwälzend zu nennen wären neben der lächerlich widerspruchsvollen Stellung, welche von den Vertretern des Liberalismus in der Rechtswissenschaft hierbei eingenommen wird. Als ein Beleg dieses ergötzlichen Gegensatzes, als ein köstliches Beispiel dieser händeringenden Verwirrung und der komischsten Verstrickung in Widersprüche, die sich mit jedem Schritte selbst aufessen, kann der Artikel „Hausgesetze" von Jordan in Rotteck und Welker's „Staatslexikon" (1. Aufl., Altona 1839) dienen.

Eine wahrhafte Theorie der erworbenen Rechte wird daher immer, ob sie dies bezwecke oder nicht, nur denselben Gedanken, welcher die bewegende und treibende Seele der gesammten Zeitperiode bildet — wir nehmen dieses Wort im Sinne der größten, umfassendsten Abschnitte und der entscheidenden Wendepunkte des

Geistes —, zur Wissenschaft erheben. Sie wird diesen Gedanken zur vollendeten Sichselbstdurchsichtigkeit bringen, ihn so aus seiner unmittelbaren, als Instinct wirkenden Form befreien und sich seiner in seiner wahrhaften Gestalt und vollendeten Totalität bewußt werden. Sie wird ihn ebendeshalb auch als das nachweisen müssen, was schon bisher der thätige organische Bildungstrieb in der empirischen Rechtswirklichkeit war. Dies steht in keinem Widerspruche zu dem Vorigen. Das Anbrechen einer neuen Zeit besteht immer nur in dem erlangten Bewußtsein über das, was die bisher vorhandene Wirklichkeit an sich gewesen ist.

Gelänge es, wissenschaftlich nachzuweisen, daß der gesammte bisherige Rechtsstoff, und zwar der praktisch wie historisch vorhandene, seit seiner Entstehung zur Römerzeit, daß also das System des Rechts selbst einer ganz andern und höhern Durchsichtigkeit fähig ist als diejenige, welche ihm bisher gelang, so würde dann hierdurch zugleich auch das wahrhafte wissenschaftliche Symptom gegeben sein, daß die Rechtswirklichkeit im Begriff ist, einer absolut entgegengesetzten Gestalt zuzueilen. Denn zu ihrem bewußten Ausgangspunkte das nehmend, was bisher und seit ihren ältesten Grundlagen nur ein unbewußt wirkender Trieb in ihr war, muß sie vermöge der Consequenz des sich in freier Bewußtheit verwirklichenden Gedankens sich nothwendig und in allen ihren Grundlagen zu einem ebenso absolut entgegengesetzten äußern Bau gestalten, als sie innerlich in engster Continuität mit ihrer Vergangenheit steht. Es würde somit das wissenschaftliche Symptom gegeben sein, daß innerlich eine totale Umwandelungsperiode, die Zeit einer Weltwende für die Rechtswirklichkeit eingetreten ist.

Es ist nicht unsere Absicht — und wäre, selbst wenn wir es beabsichtigten, nicht einmal möglich — eingehender, als hier geschehen, dies klar zu legen. Das wahrhafte Verständniß des Gesagten kann sich erst ergeben, wenn nach der Lectüre des ganzen Werks ein Blick auf diese Vorrede zurückgeworfen wird, wie denn

jede Vorrede für den Autor vielmehr eine Nachrede ist, und es eben kein günstiges Zeichen für das Werk selbst ist, wenn diese Nachrede über das Verhältniß des Werks zur Wissenschaft dem Leser verständlich und durchsichtig ist, ohne das Werk zu kennen. Denn es wäre dann hierdurch jedenfalls schon der Beweis gegeben, daß durch das Werk in dem innern Bau der Wissenschaft nichts von Bedeutung geändert ist.

Wir wenden uns daher einem andern Punkte zu, demjenigen, das nothwendige Misverhältniß anzudeuten, in welchem der Titel dieses Werks zu seinem Inhalt steht. Das Werk enthält, sei es nun des Gelungenen, sei es des Mislungenen, jedenfalls unendlich mehr, als sein Titel ahnen läßt, und wir nennen dieses Misverhältniß ein nothwendiges.

Wer eine Theorie der erworbenen Rechte schreiben will, wird nämlich nothwendig sehr bald entdecken, daß dies Unternehmen nur ausführbar ist, wenn zuvor die einzelnen positiven Rechtsinstitute selbst in ihrem wahrhaften Wesen erkannt sind. Allein dies war bisher keineswegs der Fall, und wir waren daher genöthigt, auch noch die eigenen Grundlagen und Voraussetzungen unsers Werks in demselben aufzuführen. So mußten wir die Institute des dolus und Zwanges, Irrthum und Unwissenheit, ignorantia juris und facti, Irrthum in der Substanz und in den Motiven, die ädilicischen Klagen und die Condictionen, den Quasicontract und die negotiorum gestio u. s. w., und vor allem das Erbrecht zu ihrer begrifflichen Erkenntniß und Darstellung bringen, wenn es möglich sein sollte, eine wissenschaftliche Theorie der erworbenen Rechte zu entwickeln.

Es ist ein nur zu erklärliches Wunder, wenn bisher von allen diesen Rechtsinstituten und von so vielen andern kein einziges erkannt war. —

Es sind jetzt über vierzig Jahre her, daß Hegel die erste Ausgabe seiner „Rechtsphilosophie" erscheinen ließ. Dies Werk

konnte nach den gesammten Grundbedingungen seines Erscheinens als der erste Versuch, das Recht als einen vernünftigen, sich aus sich selbst entwickelnden Organismus nachzuweisen, zur wirklichen Rechtsphilosophie gar kein anderes Verhältniß einnehmen, als etwa die allgemeine logische Disposition eines Werks zu dem Werke selbst. Hegel legte den Plan des Werks, er gab seine allgemeinsten Grundgliederungen; und wie beschaffen dieser Plan immer sei, es bleibt dies ein großes und hinreichendes Verdienst für den ersten Autor, der ohnehin bei der Universalität seiner Aufgabe sich keiner Specialmaterie ausschließender hingeben konnte. Die nächste Aufgabe der Hegel'schen Philosophie wäre nun gewesen, die Disposition zum Werke auszuführen, d. h. zunächst eine Philosophie des Privatrechts zu schreiben und die gesammten realen und positiven Institute desselben zu entwickeln. Hierzu ist nicht einmal ein Versuch gemacht worden! Es fehlte nicht an Rechtsphilosophien, aber man begnügte sich, die Hegel'sche Rechtsphilosophie mit Abänderung, Verschiebung und in der Regel Verschlechterung irgendeines Dütelchens und Pünktchens zu wiederholen. Statt in den Reichthum des positiven Rechtsmaterials einzudringen und ihn begreifend zu gestalten, statt die positive Rechtswissenschaft selbst vom philosophischen Gedanken aus zu entwickeln und zu erzeugen, begnügten sich die Philosophen im Himmel ihrer allgemeinen Redensarten der groben Erde des realen Rechtsstoffs so fern wie möglich zu bleiben. Sie begnügten sich, statt an das Werk selbst zu gehen, die Hegel'sche Disposition zum Werke immer wieder zu repetiren, jene dünnsten, allgemeinen Grundlinien, wie Eigenthum, Vertrag u. s. w., immer von neuem abzuhaspeln. So kam es, daß nicht einmal die schwächsten und naheliegendsten Fortschritte gemacht, nicht einmal der Quasicontract, die negotiorum gestio, geschweige denn die ädilicischen Klagen, die Wirksamkeit und Unwirksamkeit des Irrthums u. s. w. erklärt wurden, weil dies bei Hegel nicht geschehen

war, so nothwendig und unvermeidlich dies auch für die Erkenntniß des Willensbegriffs selbst, dessen Entwickelung und Darstellung die Rechtsphilosophie nur ist, gewesen wäre. Wir haben hierbei nicht Rechtsphilosophien vor Augen, wie z. B. vor kurzem eine von Adolf Trendelenburg erschien. Solche Werke sind jedenfalls, wie sie auch ausfallen mögen, die ungeheuere Gedankenanstrengung, das Recht als eine vernünftige Totalität in unabhängiger und eigenthümlicher Weise zu begreifen, und können deshalb wie Hegel selbst bei ganz allgemeinen Grundzügen stehen bleiben. Wir sprechen ausschließlich von den Hegelianern. Sie gerade, für welche die philosophische Methode und die Auffassung des Rechtssystems überhaupt, sie, für welche sogar die ganze Architektonik und Gliederung der Rechtsphilosophie eine bereits von Hegel gegebene und aus ihm beibehaltene war, — für sie gerade hatte es nur dann einen Sinn, eine Rechtsphilosophie zu schreiben, wenn sie sich zum Eindringen in den positiven Rechtsstoff und in die Realität der Institute des Privatrechts, wenn sie sich zur philosophischen Erzeugung der positiven Rechtswissenschaft entschlossen hätten.

Nichts von alledem geschah oder wurde auch nur versucht. Es ging der Hegel'schen Philosophie in Bezug auf das jus, wie es ihr fast in Bezug auf alle Fächer der realen Wissenschaften mit Ausnahme der Theologie und etwa der Aesthetik erging. Wenn man früher in der Natur von einem horror vacui sprach, so herrschte allen Ernstes bei den Hegelianern ein horror pleni, ein Grauen vor dem positiven Stoffe und seiner unnahbaren Fülle, während doch gerade nur aus dem concreten Detail des Empirischen die Wahrheit erkannt werden und auch nur in ihm die Schärfe ihres Beweises finden kann. Freilich ist die empirische Wissenschaft ein weit schwerer zu erlangendes und auch ein weit unnachgiebigeres und somit in beiden Beziehungen weit unbequemeres Element als der geschmeidige Aether

allgemeiner Redensarten. So ist es denn dahin gekommen, daß — was der gute Genius der deutschen Nation verhüten möge — aus der Hegel'schen Philosophie selbst, dieser Quintessenz aller Wissenschaftlichkeit, sich eine neue literarische Schöngeisterei zu erzeugen, daß sie sich in eine neue belletristische Geistreichigkeitsbrühe zu verwandeln droht, die man den unbegriffenen und ungewußten Dingen aufgießt!

Hegel selbst und seine Philosophie tragen hieran keine Schuld. Auf allen Seiten seiner Werke hat Hegel stets unermüdlich hervorgehoben, daß die Philosophie identisch mit der Totalität der Empirie sei, daß die Philosophie nichts so sehr erfordere, als die Vertiefnng in die empirischen Wissenschaften. Mit hohem Recht rief in geistreicher Wendung ein Freund Hegel's an dessen Grabe den Hegelianern zu: Alexander der Große sei todt, und es sei jetzt Pflicht seiner Generale, sich in sein Reich zu theilen. Allein um sich in dies Universalreich zu theilen, das von Hegel nur im allgemeinen in Besitz genommen war, hätten die Provinzen desselben nun im einzelnen von den Generalen realiter erobert werden müssen. Diese reale Eroberung unterblieb; nothwendig konnte daher auch der allgemeine Besitzstand ebenso wenig auf die Dauer behauptet werden, wie von jenen Nachfolgern Alexander's, und dies erklärt den Verfall und die Misachtung, in welche die Philosophie gegenwärtig gerathen ist. Ein bemerkenswerther Versuch wurde gerade in Beziehung auf das Recht in der That gemacht. Wir meinen das „Erbrecht" von Gans. Dieser Versuch war, wie wir im zweiten Theile unsers Werks sehen werden, noch ganz abstract und verunglückt. Aber es war doch mindestens ein ernsthafter und realer, höchst anerkennenswerther Versuch. Man hätte ihn nicht oft wiederholen, nicht in ähnlichem Sinne sich auf andere Theile des Rechtsgebiets einlassen können, ohne sich allmählich an der Festigkeit des realen Stoffes zwangsweise auf den rechten Weg hinzustoßen. Allein es hatte hierbei sein Bewenden.

Hieraus erklärt sich das Verhältniß, das zwischen der Rechtsphilosophie und der positiven Rechtswissenschaft nothwendig eintreten mußte. Die Hegel'sche Philosophie hat den Anspruch einer Versöhnung zwischen Naturrecht und positivem Recht, den sie erhob und zu dem sie das allgemeine Grundprincip in der That in sich enthält, keineswegs zur Erfüllung gebracht. Rechtsphilosophen und positive Juristen fahren daher fort, in derselben abstracten und kaum voneinander Notiz nehmenden Stellung fortzuexistiren, wie jemals vor Hegel's Zeit, ja in noch höherm Grade als in der Hegel selbst angehörenden Periode. Denn es läßt sich nicht verkennen, daß sich z. B. in Savigny's Werken überall ein Einfluß und ein Trieb philosophischen Denkens wahrnehmen läßt, wie er durchaus nicht in dieser Weise bei den meisten Spätern existirt. In dieser abstracten Trennung voneinander war die Stellung der Rechtsphilosophen und der positiven Juristen natürlich gleichmäßig unerquicklich und nothwendig resultatlos. Hatten die Rechtsphilosophen, im Himmel der allgemeinen Phrase stecken bleibend, das reale Reich des Rechts grundsätzlich aufgegeben und sich von ihm zurückgezogen, hatten sie sich hierdurch selbst genöthigt, auch in jenen allgemeinsten Grundlinien des Rechts, die sie in den Kreis ihrer Betrachtung zogen, in die abstractesten und falschesten Auffassungen zu verfallen, so blieben die positiven Juristen nach wie vor im empirischen Material als solchem befangen und allen den zahllosen Täuschungen hingegeben, in welche sich der Verstand, wenn er auf Erkenntniß des Geistigen ausgeht, bei jedem Schritt mit Nothwendigkeit verstricken muß.

Nichtsdestoweniger erfordert die Gerechtigkeit einzugestehen, daß in dieser Trennung die Rolle der positiven Juristen immer bei weitem die nützlichere war, wie sie auch die geringere Schuld trifft. Denn als Vertreter des Gedankens, welcher selbst das übergreifende Moment ist, hatten die Philosophen ebendeshalb auch die Pflicht, in ihren Gegensatz überzugreifen, selbst zu positiven

Juristen zu werden und das Stoffliche aus dem Gedanken zu erzeugen. Den Vertretern des Stoffs dagegen konnte es schon weit weniger verdacht werden, wenn sie das Beharren auf sich selbst, diese Eigenschaft alles Stoffs, auch hier zur Darstellung brachten. Selbst in dieser abstracten Trennung führten sie wenigstens noch Bausteine herbei, brachten Material zusammen und leisteten vorbereitende Dienste für spätere Erkenntniß. Der Stoff hat ohne den Gedanken immer noch einen relativen Werth, der Gedanke ohne den Stoff nur die Bedeutung einer Chimäre.

Und selbst alles, was zur Vergeistigung und Erkenntniß des Rechtsstoffs in den letzten zwanzig Jahren etwa noch geschehen ist, ist — man muß dies unverhüllt gestehen — immer von den empirischen Gelehrten, den positiven Juristen und Rechtshistorikern, nie von den Philosophen ausgegangen.

Die Impotenz, zu welcher diese gezwungen waren, kann nicht wunder nehmen. Die Philosophie kann nichts sein als das Bewußtsein, welches die empirischen Wissenschaften über sich selbst erlangen. Dazu war somit vor allem erforderlich, daß die Philosophen zuvor selbst zu empirischen Gelehrten in diesen Fächern der Wissenschaft wurden, denen sie zum Bewußtsein über sich selbst verhelfen sollten. Mit Recht haben die positiven Juristen nichts mit größerm Mistrauen und größerer Geringschätzung betrachtet, als die Versuche apriorischen Construirens von seiten solcher, die auf dem Felde dieses positiven Wissens keineswegs zu Hause waren, die statt in alle Rinnen und Furchen dieses Feldes eingelebt zu sein und aus ihnen heraus die Flammen des Lichtes schlagen zu lassen, das Feld als solches durch ein flüchtig von oben herabgeworfenes bengalisches Feuerwerk beleuchten wollten, eine Beleuchtung, die in ihren flüchtigen und ungewissen Umrissen nichts anderes zeigt, als wie groß und dunkel das Gebiet ist, das erleuchtet werden sollte.

Mit dem Erörterten hängt ein anderer Punkt von capitaler Wichtigkeit zusammen.

Wenn die Rechtsphilosophen, statt wie wir sagten, immer nur die schon von Hegel vollbrachte logische Disposition des Werks blos zu wiederholen, dazu übergegangen wären, die Disposition zum Werke auszuarbeiten, so würde hier wie stets gerade diese reelle Ausarbeitung gezeigt haben, was an jener Disposition selbst falsch und zu verändern sei. Hätten die Philosophen sich nicht darauf beschränkt, bei den dünnen allgemeinen Grundlinien der Hegel'schen Rechtsphilosophie, Eigenthum, Familie, Vertrag u. s. w., stehen zu bleiben, wären sie dazu übergegangen, eine Philosophie des Privatrechts in dem oben angedeuteten Sinne einer philosophischen Entwickelung der concreten einzelnen Rechtsinstitute desselben zu schreiben, so würde sich an dem bestimmten Inhalt dieser einzelnen positiven Rechtsinstitute sofort herausgestellt haben, daß mit den abstract-allgemeinen Kategorien von Eigenthum, Erbrecht, Vertrag, Familie u. s. w. überhaupt nichts gethan ist, daß der römische Eigenthumsbegriff ein anderer ist als der germanische Eigenthumsbegriff, der römische Erbthumsbegriff ein anderer als der germanische Erbthumsbegriff, der römische Familienbegriff ein anderer als der germanische Familienbegriff u. s. w., d. h. daß die Rechtsphilosophie, als in das Reich des *historischen* Geistes gehörend, es nicht mit logisch-ewigen Kategorien zu thun hat, sondern daß die Rechtsinstitute nur die Realisationen *historischer Geistesbegriffe*, nur der Ausdruck des geistigen Inhalts der verschiedenen historischen Volksgeister und Zeitperioden, und daher nur als solche zu begreifen sind.

Wir haben unsere Ansicht über das in Rede stehende Verhältniß soviel daselbst bereits möglich war, gleich im Eingang unsers Werks, S. 69 fg. des ersten Theils, beiläufig erörtert; wir haben es an der Verschiedenheit des germanischen und römischen Eigenthumsbegriffs flüchtig in der Note 1 zu S. 259, (vgl. Anwendungen

sub Nr. II. B., und Thl. 2, S. 573—608) dargelegt; wir haben es in Bezug auf den Familienbegriff im zweiten Theile sub Nr. XL und Nr. XXI fg., und S. 378, Note 1; wir haben es endlich eingehend und erschöpfend an dem Erbthumsbegriff durch den ganzen zweiten Theil dieses Werks nachgewiesen.

Erst durch die gesammte reale Darstellung desselben wird zur Klarheit gebracht sein, was wir hier andeuten. Dann wird aber auch plastisch und gestaltend durch das Beispiel dieser Disciplin nachgewiesen sein, wie auch jene Hegel'sche Disposition selbst, wie der gesammte Bau und die Architektonik der Hegel'schen Rechtsphilosophie vollständig aufgegeben werden muß und nichts von der Hegel'schen Philosophie bewahrt werden kann, als ihre Grundprincipien und ihre Methode, um die wahrhafte Rechtsphilosophie zu erzeugen, die dann mit der Rechtswissenschaft selbst identisch sein und zusammenfallen wird, während in ihrer jetzigen Trennung keine von beiden, weder die Rechtsphilosophie noch die positive Jurisprudenz, auf den Namen einer Wissenschaft wahren Anspruch machen kann.

Das Hegel'sche System, in der Form, die ihm Hegel selbst gegeben hat, steht in Bezug auf die Geistesphilosophie überhaupt überall in absoluter Incongruenz zu den eigenen Principien und der Methode der Hegel'schen Philosophie. Dies in seiner Allgemeinheit zum wahrhaften Nachweis zu bringen, würde die Sache eines neuen Systems der Philosophie des Geistes sein, welches wir eines Tages, falls die Zeit theoretischer Muße — man kann sie heut nicht mehr mit Tacitus eine rara temporum felicitas nennen — für die Deutschen niemals aufhören sollte, vielleicht zur Darstellung bringen werden.

Bei dem gegenwärtigen Verfall, in welchen die Philosophie und ihr Ansehen gerade dadurch gerathen ist, daß so viel in allgemeiner Weise und ins allgemeine hinein gesprochen worden ist, ist es besser und angemessener, reale Theile, welche diesem System

entflossen sind, dieser allgemeinen philosophischen Grundlage vorauszuschicken. Ihren Beweis müssen sie auch in dieser Selbständigkeit an sich haben.

Wohl aber folgt aus dem Vorigen von selbst, daß die totale Reformation der Hegel'schen Philosophie, die wir verlangen, und in dem gegenwärtigen Werke einstweilen in Bezug auf die Rechtsphilosophie angebahnt haben, ebenso gut, wie sie sich negativ zum Hegel'schen System verhält und als ein anderes, als Hegel's Philosophie bezeichnet werden kann, ebenso gut auch noch als eine Entwickelung der Hegel'schen Philosophie selbst qualificirt werden muß.

Es ist immer dieselbe von Hegel getragene Fahne, die nur auf einem andern Wege zum Siege geführt werden soll. Es sind immer die Grundprincipien und die Methode der Hegel'schen Philosophie, die nur gegen Hegel selbst Recht behalten, gegen die mangelhafte Ausführung, die das zufällige Subject in ihm dieser Methode gegeben hat und bei dem ersten Versuch, ein Universalsystem des Gedankens zu entwickeln, noch geben mußte. Es ist somit im Grunde Hegel, der gegen sich selbst Recht behält.

Es wird dies im zweiten Theile dieses Werks noch viel deutlicher als im ersten zur lebendigen Darlegung kommen. Hegel hat wegen unzureichender Bekanntschaft mit dem Stoffe dem Recht vielleicht häufig größeres Unrecht gethan, als irgendeiner andern Disciplin. Wenn er die römischen Juristen als die Thätigkeit des abstracten V e r s t a n d e s auffaßt, so werden wir auf das positivste im ganzen Verlauf des zweiten Bandes zum Nachweis bringen, wie dies nur von u n s e r n Juristen, von den r ö m i s c h e n aber das stricte Gegentheil gilt. Wir werden sehen, wie ihre Thätigkeit vielmehr schlechterdings nur die des s p e c u l a t i v e n B e g r i f f s ist, nur eine sich selbst nicht durchsichtige und bewußte, wie dies ganz ebenso bei der Thätigkeit des religiösen und künstlerischen Geistes der Fall ist. Wir werden sehen, wie diese Thätigkeit sich in ihnen auch mit der ganzen Unmittelbarkeit und Inbrunst d e s

religiösen Geistes vollzieht, und hieraus wird sich erst der principielle und überaus wichtige, auch das Verständniß der ganzen mittelalterlichen Rechtsgeschichte bedingende Unterschied zwischen den römischen und nachrömischen Juristen verstehen lassen.

Oder wenn Hegel in dem römischen jus civile ungerechte und abscheuliche Institutionen findet, wenn er den römischen Rechtsgelehrten und den Prätoren eine Inconsequenz imputiren und sie an ihnen rühmen zu können glaubt, wenn er es für einen callide gemachten leeren Wortunterschied hält, das, was doch auch Erbschaft war, eine bonorum possessio zu nennen [1]) u. s. w., so wird sich freilich zeigen, daß nichts von alledem wahr ist, und daß der Unterschied, statt ein leerer Wortunterschied zu sein, vielmehr gerade der volle Unterschied des speculativen Begriffs ist.

Allein hiermit wird dann immer nur erwiesen sein, daß die Hegel'sche Philosophie noch weit mehr recht hatte, als Hegel selbst wußte, und daß der speculative Begriff noch weitere Gebiete und noch viel intensiver beherrscht, als Hegel selbst erkannt hatte.

Mögen Andere, soviel sie wollen, hervorheben, daß diese totale Reformation, die wir in Bezug auf das Recht nur ebenso sehr wie in Bezug auf jede andere Disciplin des historischen Geistes in der Hegel'schen Philosophie für nöthig halten, eine Negation der Hegel'schen Philosophie ist, was auch in der That nicht bestritten werden kann, — wir unsererseits werden immer daran festhalten, daß diese Negation zugleich die eigene aus der Hegel'schen Philosophie hervorgegangene und allein consequente Gestalt derselben ist.

Erst durch diese eigene Reform seiner selbst wird, wovon der zweite Theil ein für sich vollendetes Beispiel gewähren soll, das philosophische Denken die positiven Wissenschaften reformiren und mit sich ausgleichen können, die in ihrer Trennung von dem

---

1) Hegel's „Rechtsphilosophie", 2. Ausg., S. 32, 236 fg.

philosophischen Begreifen nur die Wahl haben, in welchen von mehreren Irrthümern sie verfallen wollen. Philosophische und historische Betrachtung in diesem Sinne werden gänzlich miteinander zusammenfallen.

Von der Rechtsphilosophie in diesem eben entwickelten Sinne, in welchem sie mit der positiven Rechtswissenschaft identisch ist, haben wir versucht, einige hauptsächliche Theile zu schreiben. Sie ganz zu schreiben, wäre weder Sache Eines Mannes, noch Einer Production. Wohl aber haben wir überall, soweit es nur irgend die nothwendigen Grenzen dieses Werks zuließen, die Grundlagen für die philosophische Erfassung auch jener Institute, die in demselben keiner besondern Behandlung unterworfen werden konnten, zu legen gesucht. Der Fortbau Anderer auf dieser Bahn wird uns der freudigste Beweis für die Wirksamkeit unserer Arbeit sein.

Zwar verkennen wir nicht, wie mislich es ist, eine so totale Reformation der Wissenschaft anstreben zu wollen in einer gänzlich unautoritätischen Stellung. Wir haben kein Katheder, von dem herab wir sprechen und das unsern Worten äußern Nachdruck verleihen könnte. Der Zunft der Wissenschaft — und sie bildet in Deutschland eine solche, wie schon Bunsen, wie schon Niebuhr dies wußte — gehören wir nicht an. Allein es muß bereits dahin gekommen sein, daß der einzige Titel die Leistung und die einzige Autorität die Wahrheit ist. Zudem liegt gerade in der realen Bestimmtheit des Positiven selbst, wenn es in dem wahrhaften concreten Reichthum seines Details gefaßt wird, die Schneide des Beweises, der Zwang für die Ueberzeugung und somit das sichere Unterpfand des Sieges. Wir haben das, wie wir uns zum eigenen Troste erinnern, vor drei Jahren, freilich in einem scheinbar weit abliegenden Gebiete, im Gebiete der Alterthumswissenschaften, an uns selbst erfahren. Selbst Stockphilologen, von denen wir dies niemals erwartet hätten, erklärten sich zu unserer Ueberraschung mit den dort gewonnenen Re-

sultaten einverstanden, denen sie ihrer ganzen Richtung nach feindlich gegenüberstanden. Es war der Zwang, der in der Bestimmtheit des Einzelnen und Realen liegt, welcher dies bewirkte. Dieselbe Methode wird, soweit ab das gegenwärtige Feld der Wissenschaft dem damaligen zu liegen scheint, auch dasselbe Resultat nach sich ziehen müssen. Ja, selbst das Fernliegen der beiden Felder der Wissenschaft voneinander, der Alterthumswissenschaft und der Rechtsphilosophie, ist, wie sich in unsern Untersuchungen selbst vielleicht sehr fühlbar machen dürfte, nur Schein, und nie ist uns die Einheit aller Wissenschaft mit größerer Andacht zum Bewußtsein gekommen, als während der Ausarbeitung dieses Werks.

Berlin, 27. März 1861.

Ferdinand Lassalle.

Instituten einzuerkennen, denen sie ihrer ganzen Richtung nach feind sich gegenüberstanden. Es war der Zwang, der in der Wirklichkeit des Einzelnen und Realen liegt, welcher dies bewirkte. Die selbe Methode wird, soweit ob das gegenwärtige Feld der Wissenschaft dem benachbarten zu liegen scheint, auch dasselbe Resultat nach sich ziehen müssen. Ja, selbst das Verliegen der beiden Felder der Wissenschaft voneinander, der Alterthumswissenschaft und der Rechtsphilosophie, ist, wie sich in unseren Untersuchungen selbst vielleicht sehr fühlbar machen dürfte, nur Schein, und nie ist uns die Einheit aller Wissenschaft mit größerer Macht zum Bewußtsein gekommen, als während der Ausarbeitung dieses Werks.

Berlin, 27. März 1861.

Ferdinand Lassalle.

Inhaltsverzeichniß des ersten Theils.

I.

Einleitung.

Seit je hat die Frage nach der Rückwirkung der Gesetze, oder richtiger: die Frage nach den zeitlichen Grenzen in der Anwendung der Gesetze für eine der schwierigsten und verwickeltsten, aber auch für eine der wichtigsten des gesammten Rechtsgebiets gegolten. Gleich große Klippen drohten von beiden Seiten. Von der einen Seite stand alle Rechtssicherheit, Eigenthum wie Freiheit der Bürger in Gefahr, wenn es den Gesetzen gestattet sein sollte, auf früher entstandene Rechtsgeschäfte und Rechtsverhältnisse einzuwirken, und diese Gefahr trieb an, sich auf das stärkste gegen sie zu verwahren. „La rétroactivité", ruft Benjamin Constant aus [1]), „est le plus grand attentat que la loi puisse commettre; elle est le déchirement du pacte social, elle est l'annullation des conditions en vertu desquelles la société a le droit d'exiger l'obéissance de l'individu; car elle lui ravit les garanties qu'elle lui assurait en échange de cette obéissance qui est un sacrifice. La rétroactivité ôte à la loi son caractère; la loi qui rétroagit *n'est pas une loi.*" Und in dem Bestreben, sich von dieser Klippe zu entfernen, gerieth man in die Gefahr, an der entgegengesetzten nicht weniger verderblichen zu scheitern und das gesammte Lebensrecht eines Volks, das Recht des allgemeinen Bewußtseins auf seine eigene Entwickelung und Entfaltung dem aufzuopfern, was man für das erworbene Recht des Einzelnen ausgeben wollte. So kam es, daß selbst die merkwürdige Ansicht möglich ward, als hätten neue Gesetze keinerlei Recht, auf bestehende Rechtsverhältnisse irgendwie

---

1) Monit. du 1 juin 1828, p. 755.

Einfluß auszuüben, wonach mindestens in sehr umfangreichen Gebieten dem Gesetzgeber jede Einwirkung auf die lebenden Generationen benommen und auf die künftigen noch ungeborenen Geschlechter beschränkt ward. Ja, in strenger Consequenz hiervon wurde bei gewissen Instituten, z. B. den Lehen, ernsthaft gelehrt, daß alle unter bestimmten Gesetzen verliehene Lehen für alle Zukunft der Einwirkung jedes noch so späten Gesetzgebers entzogen bleiben und lediglich die zur Zeit ihrer Verleihung geltenden Gesetze für sie maßgebend sein müßten [1]), wenn sich der Gesetzgeber nicht den Vorwurf der Rückwirkung zuziehen wolle.

So wurde unter der feierlichen Formel eines an sich richtigen, aber theoretisch nicht bewältigten und darum jeder falschen Anwendung ausgesetzten Princips der dem Leben und seiner lebendigen Ernährung und Entwickelung gehörige Boden des Volks zu einer großen Gräberstadt geweiht. Die lebendigen Geschlechter wurden wie der unterirdische abgeschiedene Geist behandelt, welchem die Erde und ihr Recht der Wirklichkeit nicht mehr angehört und den abgeschiedenen Geistern dagegen der Raum und die Sphäre des Daseins zugesprochen, welche die Existenzbedingung und Entwickelungsstätte des Volkes bilden.

Jener von Benjamin Constant so energisch ausgedrückte Gedanke: „die Rückwirkung raubt dem Gesetz seinen Charakter; ein Gesetz, welches rückwirkt, ist kein Gesetz mehr", führte in seiner Consequenz zu der Ansicht, die Nichtrückwirkung als eine solche naturrechtliche Regel aufzufassen, über welche Bestimmungen zu treffen, nicht einmal in der Competenz des Gesetzgebers gelegen sei. Struve [2]) formulirt dies dahin, daß die Regeln über die Anwendung neuer Gesetze ausschließlich aus der vom Richter jedesmal zu erkennenden Natur der Sache, niemals aus positiven Gesetzen hergenommen werden dürfen, weshalb er alle transitorische Gesetzgebung als unstatthaft verwirft. Savigny [3]) meint, daß Struve mit dieser Ansicht, durch welche das Verhältniß des Richters zu dem Gesetzgeber völlig verkannt werde, ganz allein

1) Götze, Provinzialrecht der Altmark (Magdeburg 1836), I, 11 fg.

2) Ueber das positive Rechtsgesetz rücksichtlich seiner Ausdehnung in der Zeit (Göttingen 1831), S. 6, 30—34, 153 fg.

3) System des h. R. R., VIII, 405.

stehe. Letzteres ist indessen bei genauerer Betrachtung nicht der Fall. Denn der Grundgedanke von Struve's Ansicht ist offenbar eben nur der bereits hervorgehobene, daß der Gesetzgeber selbst nicht die Machtbefugniß habe, gegen den Grundsatz der Nichtrückwirkung als einen naturrechtlich gültigen zu verstoßen, und daß deshalb dieses Princip noch außerhalb des Kreises der gesetzgeberischen Einwirkung zu stellen sei. Diese Ansicht ist aber von vielen geltend gemacht worden, besonders in der Form, daß der Grundsatz der Nichtrückwirkung in die Verfassungen aufzunehmen und durch diese Sanction gegen jede Beeinträchtigung seitens der gesetzgebenden Gewalt zu sichern sei. So behauptet Felix Berriat-Saint-Prix in seiner Théorie du Droit Constitutionnel français [1]), daß die Constitution von 1848 besser gethan hätte dem Art. 2 des Code civil [2]) in sich Raum zu geben, und in der That wurde, als das zweite Kapitel der Constitution von 1848, welches die von der Constitution garantirten Rechte der Bürger enthält, in der französischen Nationalversammlung zur öffentlichen Discussion kam, von Hrn. Dabeaux ein derartiges Amendement gestellt, von andern warm vertheidigt [3]), und nur durch Nebeneinwände von Hrn. Odillon Barrot beseitigt. [4]) Andere Constitutionen aber haben diesen

---

1) Paris 1851, Nr. 736 u. 737. La puissance législative elle-même ne peut dépouiller un citoyen des droits qui composent son patrimoine; elle ne peut le grever d'une charge qui diminuerait sa fortune . . . . Le principe de la non-rétroactivité domine toute la législation. Il *était mieux à sa place dans la loi constitutionnelle* que dans le Code civil, loi sécondaire, qui a pour objet spécial de régir le patrimoine des particuliers.

2) „La loi ne dispose que pour l'avenir; elle n'a point d'effet rétroactif."

3) „Voulez-vous", rief Hr. Demante in jener Sitzung aus, als man darauf hinwies, daß dies Princip schon im Code civil seine Stelle gefunden habe, „réserver au législateur le pouvoir d'insérer dans une loi une disposition rétrospective? Ne le voulez-vous pas? Il faut que vous disiez dans la Constitution qu'aucune loi ne peut être rétroactive. Vous ne trouvez pas cela dans le Code civil. Le Code civil vous dit: la loi n'a pas d'effet rétroactif; aucun juge ne peut lui donner effet rétroactif. Mais le Code civil ne s'occupe pas des pouvoirs du législateur" u. s. w.

4) Hr. Odillon Barrot wandte ein, daß das Princip nicht absolut sei, weil günstige Gesetze rückwirken müßten. Diese Antwort war keine

Grundsatz wirklich sanctionirt. Die der Constitution vom 5. Fructidor III (22. Aug. 1795) vorangeschickte Declaration der Rechte bestimmt in Art. 14: „Aucune loi, ni criminelle, *ni civile*, ne peut avoir d'effet rétroactif.“ [1])

Schon die der Constitution vom 24. Juni 1793 einverleibte Erklärung der Menschenrechte enthält in Art. 14 den für die wilde Energie jener Epoche charakteristischen Ausruf: „l'effet rétroactif donné à la loi serait *un crime*“, allerdings nur in Bezug auf das Strafrecht [2]); aber Merlin wenigstens behauptete später, in der Sitzung vom 5. Floréal III (24. April 1795), also freilich erst zu einer Zeit, wo die Wogen der Thermidor-Reaction bereits hoch gingen, daß nach der ursprünglichen Absicht des Constitutions-Comités diese Bestimmung sich ebenso auch auf das Gebiet des Civilrechts habe beziehen sollen, und dies nur durch die denselben von Hérault de Séchelles gegebene und von seinen Collegen im Comité gemisbilligte Redaction vereitelt worden sei. [3])

---

ernsthafte, weil sie den streitigen Punkt gar nicht traf. Denn es herrscht allgemeines Einverständniß darüber, daß auf Gesetze von lediglich günstiger Natur der Grundsatz von der Nichtrückwirkung überhaupt keine Anwendung findet. Der Art. 2 des Cod. civ. hat die französischen Tribunale niemals gehindert, solche Gesetze, auch wenn sie nichts Specielles hierüber vorschrieben, auf frühere Thatsachen anzuwenden.

1) Es liegt auf der Hand, daß eine solche constitutionelle Vorschrift in ihren Folgen auf die eine Seite der Struve'schen Ansicht hinauslaufen würde. Denn wenn nun der Gesetzgeber, sei es mit Absicht, sei es, daß ihm dies entgangen wäre, ein Gesetz erließe, welches nach wissenschaftlichen Grundsätzen eine wirkliche Rückwirkung darstellt, so würde der Richter durch die Verfassung verpflichtet sein, einem solchen Gesetze die Anwendung zu versagen.

2) Der Zusammenhang ist: La loi qui punirait des délits commis avant qu'elle existât, serait une tyrannie; l'effet rétroactif etc.

3) „L'article de la déclaration des droits“, sagt Merlin, „qu'on vous a cité fut présenté par Hérault au comité de constitution, rédigé comme il l'est. On trouva cette rédaction mauvaise, on dit qu'elle semble ne s'appliquer qu'aux lois pénales et on l'ajourna. Malgré l'improbation de ses collègues Hérault vint ici faire adopter cette rédaction.“ Es handelte sich in dieser Sitzung darum, das Gesetz vom 17. Nivôse II über die Erbschaften, welches rückwirkend über die seit dem 14. Juli 1789 anerfallenen Erbschaften verfügt hatte, zurückzunehmen, und Merlin er-

Auch die Verfassung der Vereinigten Staaten von Nordamerika enthält in Art. 1, Abschn. 9, die Bestimmung §. 3: „Es soll keine bill of attainder und kein Gesetz mit rückwirkender Kraft (ex post-facto law) erlassen werden."

Ebenso verfügt die norwegische Verfassung ganz allgemein §. 97: „Keinem Gesetze darf rückwirkende Kraft gegeben werden."

Von dem bereits angezogenen Art. 2 des Cod. civ. kann nicht bezweifelt werden, und gilt auch in der französischen Jurisprudenz unbestritten, daß er nur eine Anweisung für den Richter, nicht für den Gesetzgeber enthalten soll. Gleichwol verdient bemerkt zu werden, daß in dem Exposé des Motifs, welches der Regierungsredner Staatsrath Portalis in der Sitzung vom 4. Ventôse XI (23. Febr. 1803) gab, die Bestimmung des Art. 2 nicht als aus der Absicht, sondern ausdrücklich als aus der Grenze der Machtbefugniß des Gesetzgebers hervorgehend bezeichnet wird. „La tête d'un grand législateur", sagt Herr Portalis, „est une espèce d'Olympe d'où partent ces idées vastes, ces conceptions heureuses qui président au bonheur des hommes et à la destinée de l'Empire. Mais *le pouvoir de la loi ne peut s'étendre* sur des choses qui ne sont plus et qui par là même, sont hors de *tout pouvoir*."

Die angeführten französischen Constitutionen legen dadurch, daß sie den in Rede stehenden Grundsatz der Erklärung der Menschenrechte einverleiben, deutlich an den Tag, daß sie denselben als einen naturrechtlichen und weder dem positiven Rechte entflossenen noch durch dasselbe antastbaren auffassen. Es würde vielleicht scheinen können, als ob dies nur in der großen Gunst seinen Grund habe, welche das „droit naturel" in jener Epoche genoß. Aber auch die ältern Gesetzgebungen pflegen in dieser Weise zu verfahren, daß sie bei der Consacrirung jenes Grundsatzes denselben nicht als eine Verfügung hinstellen, sondern vielmehr als eine aus der Natur der Sache nothwendig hervorgehende und von selbst gültige Regel anerkennen.

---

zählt, wie er von Anfang an gegen dieses Gesetz gewesen sei und sich im Comité vergeblich auf den Art. 14 der Déclaration des droits berufen habe.

So der älteste auf uns gekommene gesetzgeberische Ausspruch dieser Regel, die Verordnung des Kaisers Theodosius vom Jahre 440 [1]):

„Leges et constitutiones *futuris certum est dare formam negotiis*, non ad facta praeterita revocari, nisi nominatim et de praeterito tempore et adhuc pendentibus negotiis cautum sit."

Savigny [2]) macht bereits darauf aufmerksam, wie in dem „certum est" schon die Präexistenz obiger Regel anerkannt sei. Er hätte dafür besonders noch die Verordnung des Kaisers Anastasius anführen können, welche damit schließt: „quum conveniat leges futuris regulas imponere, non praeteritis *calumnias excitare.*" [3]) Denn in dem calumnias excitare liegt sehr deutlich ausgesprochen, daß andernfalls das Gesetz eine rechtswidrige Kränkung den vergangenen Handlungen zufügen würde. Aus jenem „certum est" folgert Savigny, daß es also nur zufällig sei, wenn uns nicht Aussprüche dieser Regel aus älterer Zeit aufbewahrt worden. Er zieht in dieser Hinsicht noch die zweite Rede Cicero's in Verrem, I, c. 42, an [4]), wo diese Regel als eine von jeher unzweifelhaft gültige [5]) hingestellt

1) L. 7 C. de legibus (I, 14).

2) System, VIII, 394.

3) L. 65 C. de Decurionibus et filiis eorum (X, 31).

4) Verres hatte durch eine Fälschung — indem er „fecit, fecerit" statt „fecerit" gesetzt hatte — der Lex Voconia rückwirkende Kraft gegeben. Cicero sagt gegen ihn: „Fecit, fecerit? Quis unquam edixit isto modo? quis unquam ejus rei fraudem aut periculum proposuit edicto, quae neque post edictum, neque ante edictum provideri potuit? Jure, legibus, auctoritate omnium qui consulebantur, testamentum P. Annius fecerat, non improbum, non inofficiosum, non inhumanum. Quod si ita fecisset, tamen post illius mortem *nihil de testamento illius novi juris constitui oporteret.* Voconia lex te videlicet delectabat? Imitatus esses ipsum illum Q. Voconium, qui lege sua hereditatem ademit nulli neque virgini, neque mulieri; *sanxit in posterum,* qui post eos censores census esset, nequis heredem virginem neve mulierem faceret. In lege Voconia non est: Fecit, Fecerit; *neque in ulla praeteritum tempus reprehenditur.*"

5) Cicero nimmt jedoch bereits eine wichtige von Savigny unbeachtet gelassene Einschränkung derselben an, denn nach reprehenditur fährt er

sei. Die älteste noch erhaltene Schriftstelle aber, die hierüber angeführt werden kann und in welcher wir bereits die Definition des Theodosius: „leges futuris certum est dare formam negotiis" nicht nur in frappanter Aehnlichkeit vorgebildet finden, sondern auch mit scharfer Begriffsbestimmung begründet sehen, — eine Stelle, die merkwürdigerweise stets und selbst in den beiden ebenso gelehrten wie vortrefflichen Werken von Voigt [1]) und von Hildenbrandt [2]), die sich eigens mit dem Einfluß der griechischen Philosophie auf das römische Recht beschäftigen, übersehen worden ist, — ist in dem „Theaetet" des Platon zu treffen. Sokrates kommt daselbst, obwol nur beiläufig, auf den Begriff des Staates und des Nützlichen zu sprechen, und sagt hierauf zu Theodorus [3]): „Aber was jeder Staat nützlich nennt, das sucht er auch bei seiner Gesetzgebung zu treffen, und alle Gesetze, soviel er nämlich irgend kann und weiß, erläßt er als die für ihn nützlichsten. Oder sieht er auf irgendetwas anderes, indem er Gesetze gibt?" — Theodorus: „Keineswegs." — Sokrates: „Trifft er es nun auch immer, oder verfehlt nicht jeder Staat gar auch vieles?" — Theodorus: „Ich glaube, daß sie auch verfehlen." — Sokrates: „Ferner würde von hieraus besonders gewiß jeder das Nämliche zugeben, wenn man nach der ganzen Gattung fragte, zu der auch das Nützliche gehört. Es bezieht sich nämlich allemal auf die künftige Zeit. Denn

---

fort: „nisi ejus rei, quae sua sponte scelerata ac nefaria est, ut etiam si lex non esset, magno opere vitanda fuerit."

1) Die Lehre vom jus naturale etc. (Leipzig 1856).

2) Geschichte und System der Rechts- und Staatsphilosophie (Leipzig 1860).

3) Theaetet., p. 178 A., p. 177 ed. Stallb.: ΣΩ. Ἀλλ᾽ ὃ ἂν τοῦτο ὀνομάζῃ, τούτου δήπου στοχάζεται νομοθετουμένη, καὶ πάντας τοὺς νόμους, καθ᾽ ὅσον οἴεταί τε καὶ δύναται, ὡς ὠφελιμωτάτους ἑαυτῇ τίθεται. ἢ πρὸς ἄλλο τε βλέπουσα νομοθετεῖται; ΘΕΟ. Οὐδαμῶς. ΣΩ. Ἦ οὖν καὶ τυγχάνει ἀεί, ἢ πολλὰ καὶ διαμαρτάνει ἑκάστη; ΘΕΟ. Οἶμαι ἔγωγε καὶ διαμαρτάνειν. ΣΩ. Ἔτι τοίνυν ἐνθένδε ἂν μᾶλλον πᾶς τις ὁμολογήσειε ταὐτὰ ταῦτα, εἰ περὶ παντός τις τοῦ εἴδους ἐρωτῴη, ἐν ᾧ καὶ τὸ ὠφέλιμον τυγχάνει ὄν. ἔστι δέ που καὶ περὶ τὸν μέλλοντα χρόνον. ὅταν γάρ νομοθετώμεθα, ὡς ἐσομένους ὠφελίμους τοὺς νόμους τιθέμεθα εἰς τὸν ἔπειτα χρόνον. τοῦτο δὲ μέλλον ὀρθῶς ἂν λέγοιμεν.

wenn wir Gesetze geben, so geben wir sie als solche, die nützlich sein sollen für die nachherige Zeit. Dies aber nennen wir doch richtig die Zukunft." [1])

Alle diese Aussprüche, der des Kaisers Theodosius wie der Cicero's und Platon's, stimmen wiederum darin überein, daß sie den Grundsatz von der nur auf die Zukunft wirkenden Kraft der Gesetze als eine von selbst gültige innere Nothwendigkeit anerkennen, Platon überdies noch denselben kurz aus dem antiken Begriff der Gesetzgebung entwickelt. Und wie die Alten und die

1) Der Gedankengang Platon's hierüber wäre also etwa dieser: Die Gesetze haben die Hervorbringung von Nutzen zu ihrem Zweck. Das Nützliche als etwas, das erst erzeugt werden soll, liegt seinem Begriffe nach in der zukünftigen Zeit. Folglich können sich ihrem Begriffe nach die Gesetze immer nur auf das Gebiet der Zukunft, nicht auf das der Vergangenheit erstrecken. Gesetze also, welche sich auf die Vergangenheit zurückwenden, würden ihrem Begriffe zuwiderhandeln, weil sie, ehe sie vorhanden waren, auch niemandem haben nützen können.

In der That liegt hierin ein wesentliches, wenn auch nur einseitiges Moment der Sache.

Wir werden später sehen (im §. 1 der Theorie), daß und warum der griechische Geist der erste ist und sein muß, welcher den Gedanken der Nichtrückwirkung producirt.

Hier wollen wir nur noch darauf aufmerksam machen, daß mit dem hier von Plato explicirten Staatsbegriff, welcher der antike Staatsbegriff überhaupt ist, d. h. bei der Anschauung, daß die Gesetze erlassen sind um Nutzen hervorzubringen, der Gedanke der Nichtrückwirkung, wie die platonische Argumentation selbst zeigt, in weit unmittelbarerer Weise gegeben ist, als bei der modernen Anschauung der Gesetze, welche dieselben als Urtheilsnormen, als Normen des allgemeinen Bewußtseins auffaßt. Denn wenn die Gesetze objective Selbstdarlegungen des allgemeinen Geistes sind, Normen, die er aus sich und für sich setzt, so ist jetzt noch nicht gegeben, warum diese Selbstdefinitionen des allgemeinen Bewußtseins, zumal sie, so lange der historische Geist sein Wesen in ihnen ausgedrückt findet, für ihn den Werth von logischen Gedankenbestimmungen haben müssen, nicht auf alles Sein, welches auch der Zeitpunkt seiner Entstehung sei, den Inhalt ihres normativen Denkens und Urtheilens erstrecken sollten. Siehe hierüber §. 1.

Was hier von seiner innern Wurzel aus aufgezeigt worden ist, fällt dem Resultate nach zusammen mit der häufig cursirenden sehr äußerlichen Auffassung der Gesetze, daß sie nur Anweisungen für den Richter zum Urtheilen enthalten und mit der ebenso äußerlichen hieran geknüpften Forderung, daß der Richter nur die Gesetze seines Landes resp. seiner Zeit zu hören habe.

französischen Constitutionen hat auch der Landrechtliche Gesetzgeber sich dieser Anerkennung nicht entziehen können. Das Publicationspatent zum Allg. Landrecht vom 5. Febr. 1794 erklärt in §. VIII.: „So wie überhaupt ein neues Gesetz auf vergangene Fälle nicht gezogen werden mag, so soll dieser Grundsatz auch bei der Anwendung des gegenwärtigen Landrechts beobachtet und dabei im allgemeinen nur auf die §. 14—29 der Einleitung vorgeschriebenen Bestimmungen Rücksicht genommen werden." Es wird also hier mit ausdrücklichen Worten ausgesprochen, daß diese Regel auch ohne die gesetzgeberische Sanction durch ihre eigene Nothwendigkeit bestehen würde. Es wird eine Unmöglichkeit, die Sache selbst durch positive Vorschrift anders anzuordnen, anerkannt.

Wie es sich nun mit dieser, wie sie ziemlich allgemein aufgefaßt wird, naturrechtlichen Gültigkeit jener Regel in der That verhält, wird sich später bei der Entwickelung der Theorie von selbst ergeben.

Hier interessirt uns zunächst die Thatsache, daß so einverstanden, wie wir sahen, alle Welt über das Princip selbst ist, so schwankend und widersprechend die Meinungen über seine Anwendung sind. Die Schwierigkeit scheint somit zunächst nicht in dem Grundsatz selbst und seinem Verständniß, sondern vielmehr in der Frage zu liegen, in welchen Fällen und Rechtsgebieten derselbe platzzugreifen und nicht platzzugreifen hat. Da aber die Beantwortung dieser Frage wieder nur aus der innern Natur des Grundsatzes selbst wird abgeleitet werden können, so sind wir hierbei wieder im Kreise zur Discussion des Grundsatzes und seiner Bedeutung zurückgeworfen.[1]) Die Gesetzgeber freilich ließen sich, wo sie von demselben abweichen zu können oder zu müssen glaubten, von unmittelbarem Rechtsgefühle oder von bestimmten speciellen Zwecken von Billigkeits- oder politischen Rücksichten leiten. Eine weit schwierigere Stellung hatten die Richter, wo ein Gesetz ohne besondere Verordnung rückwirkender Kraft erlassen war und nun dennoch die Anwendung desselben

---

1) Darum ist auch durch die Sanctionirung dieses Grundsatzes in Constitutionen nur wenig gewonnen. Denn es ist nirgends der Grundsatz selbst, sondern überall nur sein Inhalt und seine Bedeutung im Streit.

auf frühere Rechtsthatsachen oder deren Folgen begehrt wurde. Denn hier mußte dann auf die innere Natur des Grundsatzes und seine sich aus ihr bestimmende Wirksamkeit eingegangen werden. Da es dem juristischen Takte nicht entgehen konnte, daß jener Grundsatz trotz seiner absoluten Berechtigung doch in seiner Anwendung nicht von absoluter Ausdehnung auf alle Fälle sei, half man sich damit Ausnahmen von ihm zu statuiren und die Lehre von demselben in eine Casuistik aufzulösen. — Wie mislich und unwissenschaftlich dieser Nothbehelf war, liegt auf der Hand. Die in der Ausnahme vorhandene Beschränkung des Grundsatzes ergab sich entweder aus der eigenen innern Natur desselben, oder sie ergab sich nicht aus dieser. Im ersteren Fall lag gar keine Ausnahme vor, denn die Grenze eines Gegenstands ist vielmehr seine bestimmteste Form. Die aus ihm selbst hervorfließende Grenze eines Gedankenprincips ist somit, als seine bestimmte Selbstformirung, seine eigenste Wirksamkeit und Selbstbethätigung. Grade an seiner Grenze wäre der Grundsatz zu erkennen gewesen! — Floß aber umgekehrt die Einschränkung des Grundsatzes nicht aus ihm selbst hervor, sondern wurde sie ihm von außen, etwa durch andere Regeln, gesetzt, so war sie ein unversöhnter Einbruch in sein rechtmäßiges Gebiet und eine Verletzung seiner unantastbaren Gültigkeit. [1]) Ebenso unwissenschaftlich aber wie dieser Nothbehelf in theoretischer Hinsicht, ebenso mislich, unzuverlässig und täuschend zeigt er sich in der Praxis. Daher jene schwankenden und sich auf das schreiendste widersprechenden Entscheidungen der Gerichte, deren in keinem Rechtsgebiete so zahlreiche und sich so schneidend entgegenstehende vorliegen, wie bei der uns beschäftigenden Frage. [2])

---

1) Wir werden später sehen, daß dies Princip in der That keine Ausnahme hat noch haben kann, und daß wo, um in der bisher üblichen Ausdrucksweise zu reden, eine Rückwirkung der Gesetze gerechtfertigt ist, gar keine wirkliche, sondern nur eine scheinbare Rückwirkung vorliegt.

2) Besonders die französische Jurisprudenz ist wegen der lebhafter bewegten Geschichte der französischen Gesetzgebung hierin von großem Interesse. Ihre Schwankungen und Widersprüche sind so groß, daß Hr. Blondeau, professeur suppléant à la Faculté de droit à Paris, in einer Dissertation sur l'effet rétroactif des lois (inserirt in der Jurisprudence de la Cour

Der französische Arrêtist Sirey und in Deutschland die Herausgeber der Heidelberger Jahrbücher (Januar 1811, §. 41) haben positiv erklärt, daß sie es für eine Unmöglichkeit hielten, jemals bestimmte allgemeine Principien für die Entscheidung dieser Frage zu formuliren.

Nach verschiedenen Vorgängern, von denen die hauptsächlichsten bei ihm selbst aufgeführt werden, brachte endlich der große Meister des Römischen Rechts, Savigny, einen äußerst bedeutenden Fortschritt in unsere Lehre, welche er im achten Bande seines Systems des heutigen Römischen Rechts (S. 368—540) einer ausführlichen Darstellung unterzog.

Savigny erhebt sich bereits mit großer Bestimmtheit, wenn auch auf Grund einer andern Deduction als der obigen, gegen das schlechte Auskunftsmittel, die rückwirkende Kraft neuer Gesetze als eine *Ausnahme* von dem Grundsatz der Nichtrückwirkung eintreten zu lassen. [1]) Er selbst beseitigt diesen Ausnahmen-

---

de Cassation, T. IX, Part. II, p. 278 sq.) sich dadurch zu dem Wunsche treiben läßt, es möge lieber der Gesetzgeber durch specielle Bestimmungen die transitorische Wirkung *jedes neuen Gesetzartikels* regeln „que de voir subsister l'arbitraire auquel nous sommes livrés aujourd'hui!" Die baare Unmöglichkeit der Erfüllung eines solchen Wunsches erhellt auf den ersten Blick. Eine gesetzgeberische Casuistik dieser Art wäre nicht nur völlig unausführbar, sondern auch ewig unzureichend, da bei jedem Rechtsgebiet und bei jedem einzelnen Gesetzartikel wieder die mannichfachsten Collisionen durch das Hineingreifen anderer Rechtsgebiete und concreter Fälle entstehen können. Die Entscheidung dieser Frage wird also immer nur der *Wissenschaft* anheimfallen, wenn auch der Gesetzgeber die allgemeinen leitenden Gesichtspunkte derselben mit seiner Autorität bekleiden könnte. — Was übrigens Hrn. Blondeau betrifft, so wirft ihm Merlin (Répert. de Jurisprud. v° Eff. rétr., Sect. III, §. II, Art. 9) zuviel „Metaphysik" vor. Die Franzosen verfahren mit diesem Vorwurf in der sonderbarsten Weise! Bei uns würde man Hrn. Blondeau das crasseste und vulgärste Gegentheil zur Last legen. Eine kurze Angabe seiner Art zu Werke zu gehen wird dies hinlänglich klar legen. Hr. Blondeau löst alle Rechte und Rechtsverhältnisse in bloße *Erwartungen* auf und läßt sich dann auf die *factische* Erwägung ein, ob für den Gesetzgeber hinreichend starke Gründe vorliegen können, diese Erwartungen zu täuschen!

1) Savigny, a. a. O., S. 374: „Wo ein so bedenklicher einschneidender Erfolg zu erwarten wäre, der sich dann durch den Versuch einer strengen Durchführung von selbst als unmöglich darstellen würde, pflegt man dadurch abzuhelfen, daß man Ausnahmen des angeblich allgemeinen Grund-

behelf dadurch, daß er die Rechtsregeln in Bezug auf unsern Gegenstand in zwei Gattungen eintheilt, in solche, welche sich auf den Erwerb der Rechte (d. h. auf die Verbindung eines Rechtsinstituts mit einer einzelnen Person), und in solche, welche sich auf das Dasein der Rechte (d. h. auf das Sein oder Nichtsein, oder auf das So- oder Anderssein eines Rechtsinstituts) beziehen. [1]) Nur bei der ersten Gattung von Rechtsregeln solle der Grundsatz platzgreifen:

Neuen Gesetzen ist keine rückwirkende Kraft beizulegen.

Neue Gesetze sollen erworbene Rechte unberührt lassen.

Für die zweite Gattung dagegen solle der entgegengesetzte Grundsatz gelten:

Neuen Gesetzen dieser Klasse ist rückwirkende Kraft beizulegen.

---

satzes behauptet. Aber eben diese Abhülfe durch bloße Ausnahmen ist es, die hier völlig verworfen werden muß, welches unten ausführlich dargethan werden wird." Und S. 518: „Ausnahmen von dem Grundsatz der Rückwirkung haben eine zufällige Natur, sind an sich entbehrlich und würden besser gar nicht vorhanden sein. Dies alles paßt auf die hier in Frage stehenden Gesetze gar nicht. Wenn wir diese unbefangen betrachten, so müssen wir uns sogleich überzeugen, daß in Beziehung auf sie jene Auskunft durchaus gezwungen ist und den Gesetzen einen Sinn aufdrängt, der ihnen völlig fremd ist." Er zeigt nun, daß z. B. ein Gesetz, welches die Leibeigenschaft aufhebt, nach jener Ausnahmetheorie, in consequent durchgeführter Fassung so lauten müsse: „Es wird hierdurch verboten, künftig eine Leibeigenschaft zu errichten, auch soll diese Vorschrift ausnahmsweise rückwirkende Kraft haben, sodaß sogar auch die jetzt bestehenden Verhältnisse der Leibeigenschaft aufgehoben sein sollen." Das sei nun aber ganz sinnlos. Denn da seit langer Zeit niemand mehr daran gedacht habe eine Leibeigenschaft oder ein Zehentrecht neu zu begründen, so sei dadurch eine ganz unnütze Vorschrift als Hauptgedanke an die Spitze des Gesetzes gestellt, und es wäre als beiläufige Ausnahme das hinzugefügt, welches allein der Gesetzgeber dachte und wollte. — Diese Beweisführung ist verständig und scharf genug, aber der innerste Punkt der Sache bleibt dabei unberührt. Savigny wäre diesem näher gekommen, wenn er sich bei dieser Materie dessen erinnert hätte, was er bei der allgemeinen Erörterung des wissenschaftlichen Rechts über das Verhältniß von Regel zu Ausnahme gelegentlich äußert, I, 47 (c.): „... ja das, was wir hier Ausnahme nennen, ist eigentlich nur die Anerkennung einer unvollkommenen Regelfassung."

1) Savigny, a. a. O., S. 375 fg.

Neue Gesetze dieser Klasse sollen erworbene Rechte nicht unberührt lassen. [1])

Die Savigny'sche Theorie genoß lange, sowol infolge der großen Autorität ihres Urhebers, als wegen des nicht zu verkennenden Richtigen, welches seiner Unterscheidung zu Grunde liegt, eine fast unbeschränkte Geltung, und es scheint uns daher Pflicht, schon hier an der Schwelle unserer Untersuchung im allgemeinen kurz darzulegen, was wir unsererseits an der Savigny'schen Arbeit auszusetzen haben, und weshalb auch sie ihr Ziel, einen Abschluß dieser Lehre zu bewirken, keineswegs erreicht hat.

Die ersten Einwürfe, die Savigny gemacht werden müssen, sind rein theoretischer Natur. Savigny beseitigt durch seine Eintheilung der Rechtsregeln in zwei feste Klassen, von denen auf die eine der Grundsatz der Nichtrückwirkung, auf die andere der Grundsatz der Rückwirkung Anwendung finden soll, allerdings die Nothwendigkeit, in den Fällen der Rückwirkung zur Statuirung von Ausnahmen seine Zuflucht zu nehmen. Allein damit nun diese zweigliederige Eintheilung eine *Theorie* im wahren Sinne des Worts sei, wäre noch erforderlich gewesen, sowol den Grundsatz der Nichtrückwirkung wie den der Rückwirkung auf eine *höchste Rechtsidee* zurückzuführen. Dies geschieht nicht. Man erfährt schon nicht, auf welcher *obersten Rechtsidee* der Grundsatz der Nichtrückwirkung beruht; er ist in keine solche zurückgebogen. [2]) Ferner würde zum Dasein einer *Theorie*

1) Savigny, S. 373 und 517.

2) Die Betrachtungen, welche von Savigny, S. 390, zu seiner Rechtfertigung aufgestellt werden, vermögen das oben Vermißte durchaus nicht zu leisten. Es sind reine Zweckmäßigkeitsgründe, werden auch ausdrücklich als solche mit der Versicherung, es sei „höchst wichtig und wünschenswerth", eingeführt. Sie sind folgende: 1) Das Wünschenswerthe des unerschütterlichen Vertrauens in die Herrschaft der bestehenden Gesetze; 2) das Wünschenswerthe der Erhaltung des jederzeit bestehenden Rechts- und Vermögensbestandes; 3) die Unmöglichkeit, den Grundsatz der Rückwirkung consequent durchzuführen. Diese Gründe haben, wie dies Zweckmäßigkeitsgründen eigen zu sein pflegt, keine aus ihnen selbst hervorfließende *Grenze*. Wären sie also die *wahren* und *letzten* Gründe der Sache, so würden sie *jede*, auch die von Savigny gewollte, sogenannte Rückwirkung der das Dasein der Rechte betreffenden Gesetze vollständig ausschließen, wodurch in der That das unerschütterliche Vertrauen in die Herrschaft des bestehenden

erforderlich sein, daß beide Grundsätze, sowol derjenige, der bestimmt, wo die Anwendung des neuen Gesetzes nicht stattzufinden, als der, welcher vorschreibt, wo sie stattzufinden hat, in eine gemeinsame Rechtsidee, als ihre höchste gemeinsame Quelle aufgelöst und somit wahrhaft in Einheit gesetzt werden. Nur wo diese Einheit vorliegt, nur da ist Theorie! Diese Einheit muß selbst die Unterschiede als aus ihr fließende erzeugen und in ihnen fortwirkend thätig sein. Es müssen sich also auch die Fälle, in welchen das neue Gesetz sofort zur Anwendung zu kommen hat, aus der Idee der Nichtrückwirkung selbst ergeben.

Indem nun alles dies bei Savigny unerreicht geblieben ist, liegt nicht eine Theorie, sondern nur eine zweigliederige Eintheilung vor. Es hat dies aber zunächst noch eine andere Folge. Durch diese Eintheilung ist zwar Savigny dessen überhoben, die Fälle der Rückwirkung als einzelne Ausnahmen zu fassen. Indem nun aber von ihm der Grundsatz der Nichtrückwirkung als der allgemein gültige an die Spitze gestellt und vorausgeschickt wird, der Grundsatz dagegen, daß bei der Klasse der das Dasein von Rechten betreffenden Gesetze Rückwirkung stattzufinden habe, mit dem erstern in keine innere Einheit gesetzt wird, so nimmt nun die letztere Klasse, wo Rückwirkung stattfinden soll, selber nur die Gestalt einer Ausnahme von dem Princip der Nichtrückwirkung an! Die vielen einzelnen Ausnahmen sind somit nur aneinandergereiht, und in eine allgemeinere Ausnahme, in eine Klasse von Ausnahmen verwandelt. Der Charakter der Ausnahme selbst ist geblieben.

Diese Einwendungen haben bisher eine rein theoretische Gestalt und können daher zunächst äußerst gleichgültig denen erscheinen, welche die höhern Anforderungen der Theorie im Gebiete des Rechts als „metaphysische Grübeleien belächeln. Aber hier

---

Gesetzes und die Erhaltung des bestehenden Rechts- und Vermögenszustandes noch sehr befestigt und vermehrt werden würde! Wenn Savigny diese Gründe dennoch nicht zu dieser Folgerung ausdehnt, so erscheint dies als ein willkürliches und von außen kommendes Abbrechen ihrer Wirksamkeit an einem beliebig bestimmten Punkte. In der That aber zeigt sich hierin nur die Unfähigkeit solcher Verstandesgründe, das Wesen der Sache zu erschöpfen.

gerade wäre auch für solche eine äußerst deutliche Gelegenheit, sich von dem Werthe und der Nothwendigkeit einer wahren Theorie zu überzeugen. Denn nur in jener theoretischen Mangelhaftigkeit liegen die innern Wurzeln der andern jetzt zu erwähnenden Einwendungen, deren entscheidende Wichtigkeit auch von denen, welche nur auf die praktische Brauchbarkeit einer Regel sehen, bereitwillig zugegeben werden wird. — Das in der Unterscheidung jener beiden Klassen von Rechtsregeln bestehende Savigny'sche Princip ist nämlich, wie wir später näher sehen werden, sowol nicht erschöpfend, alle Fälle umfassend, als in hohem Grade praktisch irreführend. Aus beiden Gründen ist es daher auch für das gewöhnlichste praktische Bedürfniß völlig unhaltbar.

Es liegt unleugbar Richtiges in ihm, wie dies übrigens auch bei allen den Formeln der Fall war, die vor Savigny aufgestellt wurden und deren wir gelegentlich die wichtigern erwähnen werden; aber es ist nicht das Richtige selbst, und nur eine natürliche und nothwendige Folge hiervon ist, daß Savigny einerseits, um seinem Grundsatze treu zu bleiben, äußerst häufig Entscheidungen von durchaus irriger Natur treffen muß, andererseits hin und wieder unter dem Einfluß seines unmittelbaren Rechtsgefühls Entscheidungen gibt, die richtig sind, aber seinem Grundsatz innerlich widersprechen [1]), und um richtig zu sein, ihm widersprechen müssen.

Ja es konnte dies um so eher stattfinden, als, wie wir im Verlauf sehen werden [2]), ein und dieselben Gesetze, je nachdem man sich auf den Standpunkt des Individuums oder auf den der Rechtsmaterie selbst stellt, das einemal Gesetze über den Erwerb, das anderemal Gesetze über das Dasein von Rechten darstellen, diese Eintheilung also überhaupt auf blos abstracten Verstandeskategorien beruht, die in letzter Instanz haltlos ineinander übergehen und kein festes Princip des Unterschiedes gegeneinander gewähren.

---

1) Wie ihm Bornemann bereits einen solchen Widerspruch nachgewiesen hat in der bald anzuführenden Abhandlung, S. 34.

2) Vgl. Anwendungen sub I (Personenzustand) und II. A.

Endlich ist Savigny gezwungen, sich sogar ausdrücklich in den offensten Widerspruch mit sich zu verwickeln. So rechnet er die Gesetze über Ehe und Ehescheidung mit Recht zu den Gesetzen über das Dasein der Rechte, wonach also nicht nur wenn durch ein neues Gesetz die Scheidung überhaupt erst eingeführt oder abgeschafft, sondern selbst wenn eine Aenderung in den Scheidungsgründen vorgenommen wird, diese Aenderung nach Savigny auch auf frühere Thatsachen rückwirken muß; sodaß hiernach also eine in der Zeit vor dem Gesetze vollbrachte Handlung eines Ehegatten, die damals keinen Scheidungsgrund bildete, jetzt von dem andern Gatten als Scheidungsgrund angerufen werden kann, wenn sie nach dem neuen Gesetze unter die Scheidungsgründe gezählt wird. Nicht dies war die Ansicht des preußischen Gesetzgebers gewesen; denn als in den Jahren 1814 und 1816 das Allg. Landrecht in mehrere Provinzen theils neu eingeführt, theils wieder eingeführt wurde, ward zwar mit Recht verfügt, daß die Scheidung der bestehenden Ehen von jetzt ab nach dem Allg. Landrecht beurtheilt werden solle, aber ebenso richtig wurde die ausdrückliche Bestimmung getroffen, daß eine vor der Einführung und resp. Wiedereinführung des Allg. Landrechts vorgefallene Thatsache nicht als Scheidungsgrund angerufen werden könne, wenn sie unter dem frühern Gesetze keinen solchen dargestellt habe. Savigny (a. a. O., S. 526) sagt, indem er diese Einführungsgesetze als Bestätigung seiner Theorie anzieht: „Nur wurde die sehr mäßige und nicht unbillige Ausnahme hinzugefügt, daß ein Scheidungsgrund des Landrechts nicht geltend gemacht werden dürfe, wenn die zum Grunde liegende Thatsache vorgefallen sei während der Herrschaft des fremden Gesetzes und in diesem Gesetz nicht als Scheidungsgrund gegolten habe." Savigny gesteht also, offenbar von seinem juristischen Gefühle bestimmt, selbst ein, daß diese angebliche [1]) Ausnahme eine „sehr

---

1) Es ist nämlich irrig von Savigny, wenn er jene Bestimmung so ansieht, als ob sie auch im Sinne des preußischen Gesetzgebers eine „Ausnahme" gewesen sei. Im Systeme der preußischen Gesetzgebung ist sie das durchaus nicht, weil sie in ihr nur eine nothwendige Folge ihres Hauptgrundsatzes ist, Allg. Landr., Einleitung, §. 14: „Neue Gesetze können nicht auf schon vorhin vorgefallene Handlungen und Begebenheiten angewendet werden", ein Grundsatz, der bei jeder Einführung des Allg.

mäßige und nicht unbillige" sei. Folglich müßte er auch zugeben, daß diese Ausnahme mit innerer Rechtmäßigkeit und Nothwendigkeit aus der Rechtsidee folge, sonst könnte sie keine sehr mäßige und „nicht unbillige" sein. Dann aber wäre schon dies sehr widerspruchsvoll, daß Savigny im stricten Gegensatz zu dem, was er selbst gegen die frühern Autoren über die Unstatthaftigkeit der Ausnahmen uns eben gesagt hat, hier doch wieder eine nothwendige oder wenigstens statthafte Folgerung der Rechtsidee in den Nothbehelf der Ausnahmen [1]) hineinflüchten muß.

Landrechts in neuerworbene oder wiedereroberte Provinzen vom preußischen Gesetzgeber immer wieder aufs neue verkündet wurde. So heißt es z. B. in dem Publicationspatent vom 9. Nov. 1816 für das Großherzogthum Posen (Gesetzsamml., S. 225) §. 3: „Auf die vor dem 1. März 1817 während der Gesetzeskraft der fremden Rechte vorgefallenen Handlungen und Begebenheiten soll das Allg. Landrecht nicht angewendet werden" u. s. w., und ebenso in den andern Publicationspatenten. Wenn es also z. B. in dem Publicationspatent vom 9. Nov. 1816 für den Kulm- und Michelauschen Kreis und die Stadt Thorn (Gesetzsamml., S. 217) in §. 11 heißt: „Die Gründe, aus welchen eine vor dem 1. Jan. 1817 geschlossene Ehe von nun an für nichtig und ungültig zu erklären, oder auch zu scheiden, werden dagegen nach den Vorschriften des Allg. Landrechts beurtheilt, insofern sie nicht aus Thatsachen hergenommen werden, welche sich früher ereigneten und die das damals geltende Gesetz für keinen zureichenden Grund erachtet hat", so hat diese Bestimmung nur in dem Satzzusammenhange, also im grammatikalischen Sinne, die Stellung einer Ausnahme, ist aber keineswegs auch im materiellen Sinne als eine Ausnahme von der rechtlichen Natur der Sache, sondern vielmehr hier nur als eine Einschlägigkeit jener Hauptregel gedacht worden. Es finden sich daher auch preußische Publicationspatente, in denen jene Bestimmung auch grammatikalisch die Form einer Ausnahme nicht hat. So heißt es z. B. in dem Publicationspatent vom 9. Sept. 1814 für die frühern preußischen Provinzen jenseit der Elbe (Gesetzsamml., S. 89) in §. 9: „Die Gründe einer nach dem 1. Jan. 1815 nachgesuchten Ehescheidung werden dagegen nach den Vorschriften des Allg. Landrechts beurtheilt und können nicht auf Thatsachen gegründet werden, welche sich früher ereigneten und die das damals geltende Gesetz nicht für einen Ehescheidungsgrund erachtet hat."

1) Es ist dies nicht zu verwechseln mit solchen Fällen, wo Savigny in positiven Gesetzen Ausnahmen von seiner Regel nachweist. Denn Gesetzgeber können von der richtigen Theorie abgewichen sein, und dann liegt eine wirkliche Ausnahme vor. Der Widerspruch besteht vielmehr darin, daß Savigny hier selbst die innere Legitimität dieser Ausnahme in den oben angeführten Worten einräumen muß.

Und besonders bemerkenswerth ist es hierbei, daß es diesmal der Grundsatz der Nichtrückwirkung ist, der in jenen Schlupfwinkel gerettet werden soll! In der That ist aber Savigny durch sein Princip in die Unmöglichkeit versetzt, die Rechtmäßigkeit dieser Ausnahme zuzugeben, und so sagt er an einer andern Stelle wieder im directen Widerspruch mit seiner oben angeführten Anerkennung der innern Legitimität jener Ausnahme S. 495 ausdrücklich: „Es wird aber unten gezeigt werden, daß weder diese Zeit (der geschlossenen Ehe) noch die Zeit der Thatsache, die als Scheidungsgrund dienen soll, maßgebend sein darf, sondern allein die Zeit der Scheidungsklage."

Abgesehen von den Widersprüchen, liegt am Tage, daß ein Princip, welches fordert, daß eine vollbrachte individuelle Handlung, die vom Gesetz nicht als Scheidungsgrund qualificirt wird, diese Wirkung durch ein späteres Gesetz empfange, schon darum allein nothwendig falsch ist, weil hierin ein unbestreitbarer Fall vollständigster Rückwirkung im unzulässigsten Sinne des Worts vorliegen würde.

Endlich schließen wir diese vorläufige allgemeine Kritik der Savigny'schen Theorie mit folgender Bemerkung: Die von Savigny gegebene Regel, daß die Gesetze, welche das Dasein oder das So- oder Anderssein der Rechte betreffen, rückwirken müssen, besagt ihrem Inhalte nach eigentlich gar nichts anderes als die sehr alte und besonders den französischen Juristen seit jeher sehr geläufige Formel, daß alle Bestimmungen, welche dem Oeffentlichen Rechte entflossen sind, rückwirkender Natur seien. Die auf den ersten Blick versteckte Identität beider Formeln tritt sofort näher zu Tage, wenn man erwägt, daß einerseits alle Rechtsregeln über das Sein und Nichtsein eines Rechtsinstituts oder über das So- oder Anderssein der Rechte zu den absoluten Gesetzen gehören, über welche nicht paciscirt werden kann, und andererseits alle solche Gesetze, über welche nicht paciscirt werden kann (die nicht ad voluntatem spectant), als dem *jus publicum* entflossen angesehen werden.[1]) Aufs deutlichste er-

---

1) S. L. 38 de pactis (2, 14), L. 20 de religiosis (11, 7), L. 45, §. 1 de divers. reg. (50, 17), L. 27, §. 4 de pactis (2, 14), L. 7, §. 14 de pactis (2, 14) (Ulpian: Labeo autem distinguit, ut, si ex re familiari operis novi

kennbar wird endlich diese Identität, wenn man sieht, wie Savigny zur Unterscheidung seiner beiden Klassen von Rechtsregeln, ob nämlich ein Gesetz zum Erwerb oder zum Dasein der Rechte gehöre, als Kennzeichen kein anderes aufstellt als eben dies: ob ein Gesetz *juris publici* sei, in welchem Falle es das Dasein der Rechte betreffe. So sagt nämlich Savigny selbst (a. a. O., S. 520): „Ein besonders sicheres und für die meisten Fälle ausreichendes Mittel der Grenzscheidung (zwischen jenen beiden Klassen von Rechtsregeln) wird darin liegen, daß wir untersuchen, ob vielleicht ein neues Gesetz zu den so eben erwähnten Gesetzen von streng positiver, zwingender Natur gehört, die außer dem reinen Rechtsgebiet ihre Wurzel haben. In diesem Falle haben wir dasselbe unzweifelhaft zu den Gesetzen über das Dasein der Rechte zu zählen, auf welche der Grundsatz der Nichtrückwirkung keine Anwendung findet."

Zu diesen Gesetzen von streng positiver, zwingender Natur rechnet aber Savigny selbst alle solche, die „mit sittlichen, politischen, volkswirthschaftlichen Gründen und Zwecken im Zusammenhange stehen" oder auf der positiven Natur eines Rechtsorganismus beruhen, d. h. alle solche, die zum jus publicum gehören und von Savigny deshalb passend absolute Gesetze genannt werden (s. a. a. O., VIII, 517, und I, 57 fg.).

Savigny hat also das, was jene Formel, daß alle dem jus publicum entflossenen Gesetze rückwirkende Natur haben, von der Seite des Inhalts der Gesetze besagt, nur nach der Seite der Form hin ausgedrückt und mit formeller Schärfe hingestellt, und es kehrt deshalb jene Seite des Inhalts auch ausdrücklich als Kennzeichen bei der formellen Eintheilung der Gesetze in die beiden Klassen wieder zurück.

---

nuntiatio sit facta, liceat pacisci, si de republica, non liceat, quae distinctio vera est). Paulus setzt daher ausdrücklich entgegen voluntas und jus im eigentlichen strengern Sinne L. 12, §. 1 de pact. dotal. (23, 4): Ex pactis conventis .... alia *ad voluntatem pertinent* ... alia *ad jus* pertinent, veluti quando dos petatur, quemadmodum reddatur, in quibus non semper voluntas contrahentium servatur. L. 27 de divers. regul. (50, 17). Vgl. Savigny, „System", I, §. 16. Boecking, „Pandekten des röm. Privatrechts", I, 312, 2. Aufl. (Bonn 1853).

Aber man darf nicht glauben, daß um dieser Identität des Inhalts willen die Savigny'sche Lehre nun keinerlei Fortschritt gegenüber jener Formel darstelle. Vielmehr muß das Verdienst, welches sich dieser große Denker auch um diese Materie, und besonders um ihre Behandlung in Deutschland erworben hat, äußerst hoch veranschlagt werden. Es ist am Ort, dies hier näher zu begründen, um so mehr als die Behauptung eines Fortschritts bei gleichgebliebenem Inhalt zunächst sehr parador erscheinen könnte, sich aber hierbei gerade die hohe, auf ihren Inhalt selbst wieder rückwirkende Wichtigkeit der Form auch in diesem Gebiete ergeben wird.

Ob eine Bestimmung des Privatrechts aus Gründen des öffentlichen Interesses gegeben sei und daher zum öffentlichen Recht gehöre (ad rempublicam spectat), ist eine Frage nach dem Inhalt jener Bestimmung und muß aus ihm beurtheilt werden. Wenn also gesagt wird, daß alle solche Gesetze augenblicklich eingreifen, welche dem öffentlichen Rechte entflossen sind, so ist hierin blos ein inhaltliches Kennzeichen und Merkmal gegeben, nach welchem sich dann bei den verschiedenen Gesetzen die Frage ihrer Rückwirkung entscheiden lassen wird. Dies Merkmal kann und wird nun bei den verschiedenartigsten Gesetzen zutreffen. Denn in den allerverschiedenartigsten Rechtsgebieten, im Personen- wie im Sachenrecht, im Obligationen- wie im Familienrecht u. s. w. kann eine Bestimmung aus Gründen des öffentlichen Wohles erlassen werden. Eben deshalb ist also durch jenes inhaltliche Kennzeichen über den eigenthümlichen Inhalt der Gesetze, welche von demselben getroffen werden, noch nichts ausgesagt. Der bestimmte Umfang der Klasse von Gesetzen, auf welche sich dies Kennzeichen anwenden wird, liegt noch ganz im Dunkeln; ja es ist noch gar keine eigene Klasse von Gesetzen mit einem ihr eigenthümlichen Inhalt und allgemeinem Charakter durch jene Formel aufgestellt, sondern nur eine gemeinsame Quelle ist angegeben, aus welcher Gesetze der verschiedenartigsten Klassen stammen sollen. Es ist ausgesagt das Warum, aus welchem jene Gesetze verfügen werden. Aber es ist nicht das Geringste ausgesagt über ein gemeinschaftliches Was, das sie verfügen werden. Es muß vielmehr zunächst scheinen, daß eine solche Gemeinschaftlichkeit des Was? bei der Verschiedenartigkeit der Rechtsgebiete, in welche jene Quelle hinüberströmen kann, gar nicht existiren wird.

Das inhaltliche Merkzeichen läßt also den eigenthümlichen Inhalt der Gesetze, die zu ihm gehören, ganz unbestimmt; es stellt sogar in Frage, ob es einen solchen geben wird.

Wird dagegen jenes nach dem Inhalt des Gesetzes schauende Merkzeichen, wird die inhaltliche Formel zur Form der Kategorie[1]) herausgerungen und nun gesagt, es sollen alle solche Gesetze sofort eingreifen, welche das Dasein der Rechte und ihr So- und Anderssein betreffen, so ist nun zwar inhaltlich nichts geändert. Die Gesetze, welche zu dieser Kategorie gehören, sind identisch mit denen, welche von jenem Kennzeichen betroffen werden. Aber es ist nun sofort durchsichtig der gemeinschaftliche und eigenthümliche Inhalt, den diese sogleich eingreifenden Gesetze haben. Durch die Form der Kategorie, in welche jene inhaltliche Formel erhoben worden ist, sind sie erst jetzt zu einer Klasse constituirt, und es ist jetzt nicht nur sogleich zu überblicken, welche Gesetze zu dieser Klasse gehören, sondern es ist das gemeinschaftliche Was angegeben, welches diese Bestimmungen betreffen und betreffen müssen, um in die Klasse der augenblicklich eingreifenden Gesetze gehören zu können. Und ferner: Vorher mußte es scheinen, als ob es für die Frage der zulässigen Rückwirkung eines Gesetzes auf die Absicht und die Gründe ankomme, aus denen es erlassen sei (ob nämlich aus Gründen des öffentlichen Interesses). Jetzt ist zugleich mit dem Obigen der große Fortschritt gethan, daß sich diese Zulässigkeit des augenblicklichen Eingreifens einer Bestimmung nicht mehr aus den Gründen bestimmt, aus denen ein Gesetz erlassen worden, sondern aus dem Was, das es betrifft, also aus der objectiven Natur des Rechtes selbst, das von ihm geregelt wird.[2]) Indem also Savigny in scharfer kategorischer Auffassung jene Formel zu einer bestimmten Klasse von Gesetzen erhob, und hier-

---

1) Aber, wie wir schon oben sagten, zur Verstandeskategorie. Der große praktische Unterschied der Verstandes- und der begrifflichen Kategorie wird sich besonders in §. 7 deutlich zeigen.

2) Es ist dies aber durch Savigny's Leistung nur an sich oder im Princip erreicht. Denn er selbst, wo er die Rückwirkung der das Dasein der Rechte betreffenden Gesetze rechtfertigen will, argumentirt wieder blos aus der Absicht des Gesetzgebers, s. VIII, 515 fg.

durch zu zwei sich entgegenstehenden Klassen von Rechtsregeln gelangte, bei deren einer neue Gesetze nicht rückwirken dürfen, bei deren anderer aber neue Gesetze rückwirken müssen, that er den großen Fortschritt, einerseits zu zeigen, daß die Rückwirkung [1]) je nach dem Rechtsgebiete ebenso gut Regel sein könne, wie die Nichtrückwirkung, andererseits die Frage der Nichtrückwirkung und Rückwirkung im Princip statt auf die Absicht der Gesetzgeber — die er als eine sehr oft willkürliche bezeichnet — auf die innere Natur der Rechte, auf die sich neue Gesetze beziehen, zurückzuführen. Hat er auch das Problem keineswegs gelöst, so hat er doch dafür die Aufgabe meisterhaft gestellt. Diese Aufgabe, die Bestimmung, welche Gesetze rückzuwirken haben und welche nicht, aus dem objectiven Wesen der Rechte selbst hervorgehen zu lassen — ein Wesen, welches durch die positiven Worte eines Gesetzes zwar im gegebenen Falle unterdrückt, aber nicht aufgehoben werden kann —, diese Aufgabe bleibt eine seit Savigny für die Wissenschaft erworbene Forderung. Der naturrechtliche Charakter dessen, was aus dem Wesen der Nichtrückwirkung oder Rückwirkung folgt, ist durch die Savigny'sche Arbeit für immer außer Zweifel gestellt. Und welches Verdienst dies war, wird man am besten beurtheilen können, wenn man einen Blick auf die Verwirrung seiner Vorgänger in Deutschland wirft, z. B. auf den leeren Positivismus eines Bergmann, welcher auf den unglücklichen Gedanken kommen konnte, die Natur der Sache und die sich aus dem römischen Recht, dem französischen Recht u. s. w. darüber ergebende Lehre in einen grundsätzlichen Gegensatz zu bringen.

Wenn dies theoretische Verdienste sind, die Savigny um diese Lehre überhaupt hat, so hat er sich für Deutschland insbesondere noch ein praktisches erworben durch manche aus seiner Eintheilung fließende Entscheidungen der einzelnen Fälle. Denn

---

1) Savigny drückt sich geradezu so aus, daß diese Gesetze rückwirken und rückwirken sollen. Es ist dies eine zu tadelnde und schädliche Ausdrucksweise. Denn es wird später gezeigt werden, daß alle rechtmäßigen Einwirkungen neuer Gesetze überhaupt nur scheinbare, nie wirkliche Rückwirkungen sind, und es vielmehr nach der wahren Theorie ein absolutes Kennzeichen für die Entscheidung der Fälle bildet, daß eine wirkliche Rückwirkung ohne Ausnahme niemals eintreten dürfe.

freilich lag die Doctrin über diese Materie gerade in Deutschland weit mehr im Argen als bei den Franzosen, für welche durch ihre nationale Anlage manche in diesem Gebiete für uns bestehende Schwierigkeit nicht vorhanden war. Es ergibt sich das am deutlichsten, wenn man sieht, wie noch bei Bergmann die in Frankreich seit lange herrschenden Grundsätze von dem augenblicklichen Eingreifen neuer Gesetze auf den Personenzustand, auf solche Vermögensrechte, welche ein bloßes Accessorium reinpersönlicher Verhältnisse sind (z. B. elterlicher Nießbrauch), auf die persönlichen Rechte des Vaters über die Kinder, auf das eigentliche Eherecht, auf bloße Erwartungen und die revocabeln Dispositionen [1]) von Todes wegen u. s. w. als Eigenthümlichkeiten des französischen Rechts betrachtet und dem, was nach ihm im römischen und resp. selbst im preußischen Recht gilt, geradezu entgegengesetzt werden [2]), während durch und seit Savigny alle

---

1) Ging doch Bergmann so weit (S. 110 u. 92), als römische Regel aufzustellen, daß Gesetze, welche die Fähigkeit zu testiren oder aus Testamenten zu succediren, oder welche das Pflichttheil abändern, auf vorhandene Testamente nicht einwirken dürfen, ja sogar (S. 89 u. 96) daß Gesetze, welche die Intestaterbfolge anders gestalten, falls sie dies infolge einer Veränderung des Personenstandes thun, auf die noch lebenden Personen, weil deren „Personenstand bereits in der Vorzeit begonnen und regulirt war", nicht anwendbar seien!

2) Da es seit geraumer Zeit bei sehr vielen unserer Publicisten Mode geworden ist, von der „romanischen" Natur der Franzosen als von einer individualitätslosen Masse zu reden, deren sie von uns unterscheidende Eigenthümlichkeit darin beruhe, sich wie ein schlechter Teig vom Staate kneten und verändern zu lassen, so hätten sie also — vor Savigny — eine kostbare Gelegenheit gehabt, dies auch an dem oben berührten Gegensatz der französischen Lehre über den Personenstand u. s. w. darzuthun und dagegen die große Knorrigkeit des deutschen Privatindividuums zu bewundern, welches sogar seinen Gesetzgebungsfortschritt von seinem einmal vorhandenen persönlichen Zustand, seinen persönlichen Rechten und sogar seinen Erwartungen abzuhalten weiß, resp. mindestens abzuhalten strebt. Und sicher haben sie sich diese köstliche Gelegenheit nur infolge ihrer ebenso glücklichen als gründlichen Unwissenheit in allen Gebieten reellen Wissens, auf die es hierbei ankommt, entgehen lassen. Jetzt aber ist sie vorüber. Denn seit Savigny — dem man doch kaum französische Tendenzen wird beilegen wollen — sind wir in dieser Hinsicht gerade durch die Wissenschaft glücklicherweise zu demselben von jedem Gesetzgebungswechsel hin- und hergekneteten schlechten Teige degradirt worden!

diese angeblich eigenthümlich französischen Grundsätze zur unbestrittenen Gültigkeit auch in der deutschen Rechtswissenschaft durchgedrungen sind.

Selbstredend ist übrigens, um hierauf zurückzukommen, jener Satz von der Rückwirkung der dem jus publicum entfließenden Bestimmungen [1]) um nichts richtiger in seiner alten Formel als in der ihm bei Savigny gegebenen Gestalt. Es kann gegen ihn alles das gesagt werden, was gegen Savigny gilt. So sind, um an das obige Beispiel anzuknüpfen, Ehescheidung und Ehescheidungsgründe juris publici. Deshalb darf aber eine vollbrachte individuelle Handlung dennoch nicht durch ein späteres Gesetz zu einem Ehescheidungsgrunde werden. Ja, es ließe sich gegen jene ältere Gestalt der Formel noch einiges mehr sagen als gegen Savigny. So ist die Behauptung, daß alle Gesetze juris publici rückwirkender Natur seien, schon deshalb unwahr, weil das Strafrecht doch gewiß juris publici ist und trotzdem niemandem einfallen wird, eine Rückwirkung neuer strafrechtlicher Verbote in Anspruch zu nehmen. Nun wird man freilich sagen, je-

---

1) Die älteste Stelle übrigens, welche zur Rechtfertigung dieser Behauptung von der rückwirkenden Natur der aus dem öffentlichen Rechte stammenden Gesetze in Anspruch genommen werden könnte, obgleich wir uns nicht erinnern, daß bei irgendeinem Autor diese Herleitung versucht wird, ist eine bekannte Stelle des Cicero (Oratoriae Partitiones, C. 37) über das Verhältniß des jus civile zum jus gentium, welches in Rom ein geschlossenes Rechtssystem von bestimmter Wirksamkeit war. War aber durch die Bestimmungen des jus civile etwas prohibirt, so hatte dies nicht einmal nach jus gentium Gültigkeit und Wirksamkeit. Eine gegen die Verbotsgesetze des jus civile geschlossene Ehe wurde z. B. in Rom auch nicht einmal nach jus gentium als wirksam angesehen (s. §. 12, I. de nuptiis, 1, 10), wenn sie auch bei andern Völkern gültig gewesen wäre (s. hierüber Savigny über die Quellen des Rechts, I, §. 22, S. 112), und Cicero spricht a. a. O. diese Regel offen seinem Sohne aus: „Atque etiam hoc inprimis, ut *nostros* mores legesque tuemur, quodammodo naturali jure praescriptum est.“ Man könnte nun ganz entsprechend der Analogie, welche auch sonst zwischen der örtlichen und der zeitlichen Collision der Gesetze in Anspruch genommen wird, hieraus herzuleiten versuchen, daß sich das Gesetz der Jetztzeit zum Gesetz der Vorzeit verhalten müsse wie das jus civile zum jus gentium, und deshalb ein dem öffentlichen Recht entflossenes neues Gesetz um seines das Abweichen der Privatwillkür ausschließenden prohibitiven Charakters willen das frühere Recht sofort außer Wirksamkeit setzen müsse.

ner Grundsatz solle sich auch nur auf das Privatrecht, nicht auf das Strafrecht beziehen. Allein es ist klar, daß da auch im Strafrecht Rückwirkung unzulässig ist, der Grundsatz, der als die wahrhafte und oberste Rechtsidee an die Spitze der Lehre von der Rückwirkung gestellt werden soll, ein solcher sein muß, der seine Bethätigung im Privat- wie im Strafrecht gleichmäßig findet, sodaß beide Gebiete sich nur als die Durchführung seines gemeinsamen Grundgedankens erweisen. Wird also auch, wie bei Savigny, die Durchführung durch das Strafrecht nicht gemacht [1]), so muß dennoch der im Privatrecht als die Rechtsidee der Rückwirkung hingestellte Gedanke fähig sein, auch im Strafrecht als das die weitern Bestimmungen aus sich entwickelnde Princip zu fungiren. Es besteht außerdem ein sonderbarer Widerspruch jener Formel darin, daß sie innerhalb des Privatrechts Rückwirkung verlangt auf Grund dessen, daß etwas dem öffentlichen Rechte entflossen sei und das öffentliche Recht rückwirkende Natur habe, im öffentlichen Recht selbst aber — im Strafrecht — (und ebenso auch in Bezug auf andere Theile des öffentlichen Rechts, wie Staatsbürgerrecht, Indigenatsrecht) dieser Grundsatz durchaus nicht zur Anwendung kommen soll.

In neuester Zeit hat endlich ein hochverdienter landrechtlicher Jurist, der Präsident des königlichen Obertribunals, Dr. Bornemann, unsere Materie einer erneuten Erwägung unterzogen. [2])

Das Verdienst dieser Schrift besteht vorzüglich darin, daß hier bereits (S. 8 fg.) der von Savigny aufgestellte Grundsatz „als ein nicht haltbarer" eingestanden wird. [3]) Es besteht ferner

---

1) Und es erhellt ganz von selbst, warum Savigny freilich die Gültigkeit seines Princips auf das Privatrecht beschränken und Strafrecht wie öffentliches Recht überhaupt ausdrücklich davon ausschließen mußte, weil nämlich hierauf angewendet sein Grundsatz die maßloseste Rückwirkung erzeugen müßte. Denn welche Handlungen erlaubte sein sollen und welche nicht, gehört zum Dasein der Rechte, sodaß neue Strafgesetze nach jenem Grundsatz rückwirken müßten.

2) Erörterungen im Gebiete des Preußischen Rechts von Dr. W. Bornemann (Berlin 1855), Heft 1, S. 1—64.

3) Die erste große Autorität, die sich, wenn auch nur in einer allgemeinen Bemerkung, entschieden gegen Savigny erklärt hat, ist Boecking. Derselbe äußert sich nämlich (Pandekten des römischen Privatrechts u. s. w.,

in mancher mit glücklichem Takt vom Autor gegebenen richtigen Entscheidung, der aber freilich dann wieder ebenso häufig irrthümliche gegenüberstehen. Sieht man aber auf die Gründe, mit welchen Bornemann Savigny entgegentritt, sowie auf die von ihm selbst an Stelle der Savigny'schen Regel aufgestellten Gesichtspunkte, so läßt sich nicht verkennen, daß diese durchaus nicht stichstaltiger Natur sind und keinenfalls einen Fortschritt gegen die Savigny'sche Theorie bilden.

An Stelle der von Savigny gewollten Unterscheidung zwischen den beiden Klassen von Rechtsregeln will nämlich Bornemann das weder sehr neue noch sehr tiefe Princip setzen, daß es vielmehr überall nur auf die Absicht des Gesetzgebers ankomme.

Bonn 1853, I, 317, Not. 6): „Der ausführlichen Besprechung der «zeitlichen Grenzen der Herrschaft der Rechtsregeln über die Rechtsverhältnisse» in Savigny's System, Bd. VIII, und der daselbst angeführten Schriftsteller können wir großentheils weder bei-, noch hier im einzelnen entgegentreten." Kurz vor ihm hatte von Scheuerl in einem kleinen Aufsatz in seinen „Beiträgen zum Römischen Recht" (Erlangen 1853), S. 137—48, Not. 6, bekannt, daß er trotz seiner großen Bewunderung der von Savigny um diese Lehre sich erworbenen Verdienste sich dennoch „seine Resultate nicht durchweg einfach aneignen könne, sondern sich dadurch zum Theil nur um so mehr zu neuer Untersuchung angeregt fühle", worauf er, nicht ohne die Einwirkung eines richtigen Rechtsgefühls, versucht, einen Unterschied zwischen „schon vorhin vorgefallenen Handlungen und Begebenheiten" (Ausdruck des Allg. Preußischen Landrechts, Einl., §. 14) und den „facta praeterita" aufzustellen, ein Versuch, der ihm aber keineswegs gelungen ist, da bei seiner Definition der facta praeterita als „vollendeter juristischer Thatsachen" oder als „thatsächlicher Verhältnisse, welche kraft einer gewissen Rechtsregel einmal eine feste rechtliche Gestalt bekommen haben", ja eben wieder nach der Definition gefragt werden muß, welches denn im Unterschiede von bloßen „schon vorhin vorgefallenen Handlungen und Begebenheiten" das Kriterium der „vollendeten" Thatsachen, das Kriterium derjenigen thatsächlichen Verhältnisse sei, welche „kraft einer gewissen Rechtsregel einmal eine feste rechtliche Gestalt bekommen" haben. In dieser Definition ist ja vielmehr ganz offenbar die erst zu untersuchende Frage durch eine vollständige petitio principii als ein bereits Bekanntes und Gegebenes vorausgesetzt! Nach einer kurzen Erörterung dieses nicht gelungenen Versuchs beschränkt sich v. Scheuerl darauf, die Einwirkung neuer Gesetze auf Verjährungsfristen mit Savigny zu discutiren, wobei er übrigens zu demselben praktischen Resultate mit diesem gelangt.

Auch bei Gesetzen, welche das Dasein von Rechtsinstituten beträfen, z. B. bei Lehen, Fideicommissen, Erbzins- oder Erbpachtverhältnissen, sei denkbar, daß der Gesetzgeber nur die Entstehung neuer Rechtsverhältnisse dieser Art habe verhindern, die bereits entstandenen aber bis zu ihrem Absterben oder ihrer Beseitigung durch Uebereinkunft der Betheiligten habe fortbestehen lassen wollen. „Folglich werde", sagt Bornemann (S. 8), „auch die rückwirkende Kraft der Gesetze, welche das Sein oder Nichtsein von Rechtsinstituten betreffen, hiernach durch die ausdrücklich erklärte oder aus den Umständen erhellende Absicht des Gesetzgebers bestimmt. Dann aber ist zwischen dieser Gattung von Rechtsregeln und den Rechtsregeln, welche sich auf den Erwerb von Rechten beziehen, in Bezug auf ihre Rückwirkung kein wesentlicher Unterschied abzusehen."

Wir wollen hier nicht darüber streiten, ob es dem Gesetzgeber wirklich zusteht, wie dies aus Bornemann's Ansicht folgt, auch die Gesetze über den Erwerb der Rechte je nach seiner Absicht beliebig rückwirken zu lassen. Jedenfalls aber folgt daraus, daß der Gesetzgeber die Macht hat, vorkommendenfalls die Natur der Sache auch zu verletzen, doch noch nicht, daß es überhaupt keine objective Natur der Sache gebe! Bei der wissenschaftlichen Untersuchung dieser Lehre — und eine solche, selbst das preußische Recht nur beiläufig, wenn auch mit besonderer Ausführlichkeit, berücksichtigende Untersuchung erklärt doch Bornemann selbst S. 1 führen zu wollen — zum Requisit der Rückwirkungsfähigkeit eines Gesetzes statt der durch die Wissenschaft festzustellenden Natur der Sache nur die beliebige Absicht des Gesetzgebers zu machen, heißt nichts anders als jeden wissenschaftlichen Standpunkt überhaupt aufgeben und an ihm verzweifeln.

Mindestens scheint durch diese die gesetzgeberische Absicht an die Stelle der rechtlichen Natur der Sache setzende Lösung eine schwierige Untersuchung erspart und für die praktische Behandlung ein fester positiver Boden gewonnen zu sein. Aber auch das ist nur ein leerer, sich sofort selbst auflösender Schein. Denn

1) würde schon ein Richter unter einer der zahlreichen früher erwähnten oder diesen etwa hierin noch in Zukunft nachahmenden Constitutionen, welche dem Gesetzgeber die Rückwirkung ver-

bieten, sich nicht mit der Frage nach der Absicht des Gesetzgebers abfinden können, sondern er würde untersuchen müssen, inwiefern nach der rechtlichen Natur der Sache die sofortige Anwendung eines neuen Gesetzes auf schon bestehende Verhältnisse eine unzulässige Rückwirkung in sich schließen würde. Er würde in diesem Falle sogar eine ausdrückliche gesetzgeberische Verordnung insoweit einschränken müssen;

2) liegt für die Wissenschaft die Discussion ja nicht nur so, wie sie ex lege lata, sondern auch so, wie sie de lege ferenda zu führen ist. Der Gesetzgeber soll sich nicht nur, wenn er seinem Begriffe entsprechen will, nach der rechtlichen Natur der Sache richten. Er wird sich auch, mindestens in den allermeisten Fällen und wo nicht ganz besondere ihn unmittelbar bestimmende und über alle Rücksichten hinweghebende Gesichtspunkte vorliegen, nach ihr richten wollen. Wenn sich nun also der Gesetzgeber nach der Wissenschaft umsieht, um aus dieser zu erfahren, was die rechtliche Natur der Sache erfordere, und an dieser objectiven Norm seinen Willen zu gestalten, so wird er, wenn er nun erfährt, daß vielmehr seine eigene Absicht der Inbegriff aller Wissenschaft sei, zwar von dieser seiner eigenen Majestät und Herrlichkeit sehr erbaut, aber doch um so weniger belehrt sein! Zumal heutzutage, wo die Gesetzgebung von ihren transscendenten Höhen in die Bürgerkreise hinuntergestiegen ist, welche noch einigermaßen auf die Resultate der Wissenschaft Rücksicht zu nehmen pflegen, wird jede wissenschaftliche Untersuchung dieser Materie ebenso sehr eine gesetzgeberische als eine judiciäre Wirksamkeit haben und sich daher nicht mit dem bloßen Hinweis auf die positive Vorschrift begnügen können, in welchem Falle überhaupt die wissenschaftliche Untersuchung ganz abgeschnitten und alles mit diesem Hinweis gesagt ist.

3) Endlich aber ist die Sache auch da, wo die Untersuchung wie vor unsern Tribunalen nur ex lege lata geführt wird, mit jener Frage nach der Absicht des Gesetzgebers in den allermeisten Fällen um keines Haares Breite von der Stelle gebracht. Denn die unendliche Majorität der bestehenden Gesetze enthält weder eine ausdrückliche, noch aus ihrer wörtlichen Abfassung zu entnehmende Vorschrift über ihre transitorische Anwendung, und ebenso wird das mit der unendlichen Majorität der künftigen Ge-

setze der Fall sein. Ueberall aber, wo die Absicht des Gesetzgebers nicht ausdrücklich von ihm ausgesprochen ist und also interpretirt werden muß, wird angenommen werden müssen, daß der Gesetzgeber das gewollt habe, was die rechtliche Natur der Sache erfordert; daß er ihr freien Lauf habe lassen wollen. Man wird dann also statt in der Absicht des Gesetzgebers einen Maßstab zu haben, welcher die wissenschaftliche Natur der Sache zu ersetzen vermöchte, vielmehr um zu wissen, welches jene sei, auf diese recurriren und sie vorher feststellen müssen. Mindestens in der unendlichen Majorität der Fälle wird man also bei der Frage nach der gesetzgeberischen Absicht im Cirkel auf die Frage nach der rechtlichen Natur der Sache zurückgeworfen werden.

Ebenso wenig stichhaltig ist, was Bornemann gegen Savigny in Bezug auf die Rechtsregeln einwendet, welche das So- oder Anderssein eines Rechtsinstituts betreffen. Hier will nämlich Bornemann (S. 9 fg.) unterscheiden zwischen Rechtsverhältnissen, die ihrer Natur nach eine unbegrenzte oder doch sehr lange Dauer, und solchen, die nur eine vorübergehende Dauer haben.

Gesetze, welche Rechtsinstitute von unbegrenzter oder doch sehr langer Dauer modificiren, sollen im allgemeinen rückwirken dürfen; Rechtsverhältnisse aber von blos vorübergehender Dauer sollen erworbene Rechte sein und von neuen Gesetzen nicht berührt werden können. Dabei soll das sehr Merkwürdige stattfinden, daß zwar, wie bereits erwähnt, Gesetze, welche Rechtsverhältnisse von unbegrenzter oder sehr langer Dauer betreffen, sofort einwirken sollen, aber nur, wenn die Modificationen, welche das Gesetz in dem betreffenden Rechtsinstitute hervorbringt, nicht zu tief eingreifende sind. Wenn dagegen „das neue Gesetz dergestalt tief eingreift, daß dadurch nicht blos einzelne Befugnisse" aufgehoben, beschränkt oder umgestaltet werden, sondern „dadurch das ganze Rechtsinstitut, welchem das fragliche Recht angehört, seinem ganzen Wesen nach umgewandelt wird", — gerade dann soll die „Anwendung des neuen Gesetzes auf die vorgefundenen Rechtsverhältnisse mindestens nicht unbedingt zulässig" sein. Mit andern Worten: Gesetze, welche einzelne Rechtsbefugnisse aufheben oder modificiren, sollen sofort auf die vorhandenen Verhältnisse anwendbar sein; Gesetze aber, welche dies mit mehreren oder allen aus einem Rechtsinstitut fließenden Befugnissen

vornehmen, sollen dies nicht sein. [1]) Es läßt sich aber schlechterdings nicht absehen, warum der Gesetzgeber durch seine Vorschrift oder der Richter durch seine Auslegung mich zwar um zwei oder drei Rechtsbefugnisse sollte bringen können, aber nicht um die vier oder fünf, welche diesem Rechtsinstitute überhaupt entfließen, oder wenn sie einmal das letztere nicht können, warum sie das erstere können sollen. Es läßt sich das um so weniger begreifen, als doch gerade bei der gänzlichen Aufhebung oder Umwandelung eines Rechtsinstituts die Exclusion, welche der Gesetzgeber einem bestehenden System von Rechtsbefugnissen entgegenstellt, die totale ist, welche den Richter weit mehr ermächtigen und verpflichten sollte, auf frühere Befugnisse keine Rücksicht zu nehmen.

Es erhellt von selbst, daß diese Theorie eine durchaus unhaltbare ist. Es sind lauter Unterschiede, die sofort in der Hand zerfließen. So ist schon der Fundamentalunterschied zwischen Rechtsverhältnissen von endloser oder sehr langer, und zwischen solchen von kurzer Dauer, ein durchaus nichtiger. Dieser Unterschied ist bereits Savigny nicht entgangen, aber von ihm auch schon auf die richtige Weise erledigt worden. „Die Natur mancher Rechte", sagt Savigny S. 379, „ist auf eine endlose Dauer eingerichtet, wie das Eigenthum vermittelst des Erbrechts, die Sklaverei, die sich durch die Geburt fortgesetzt, sodaß ein völliges Aufhören dieser Rechte nur durch zufällige Umstände eintreten kann; im Gegensatz anderer Rechte, die schon durch ihre Natur auf ein vorübergehendes Dasein angewiesen sind, sowie fast alle Obligationen, der Nießbrauch, die Familienverhältnisse. Bei beiden ist an sich die Collisionsfrage auf gleiche Weise zu entscheiden." Zwischen den Rechten von endloser und von vorübergehender Dauer gibt es übrigens wenigstens einen festen Unterschied überhaupt, wenn auch einen auf unsere Materie sehr einflußlosen. Zwischen den Rechten von sehr langer und von kurzer Dauer läßt sich aber nicht einmal eine Grenzlinie ziehen. Dieser rein quantitative Unterschied ist ebendeshalb fließender Natur

---

1) Es wäre dies also gerade das Gegentheil von der Theorie Savigny's, nach welcher vor allem Gesetze, welche das Sein eines ganzen Rechtsinstituts aufheben, rückwirken müssen.

und daher gar keiner principiellen oder rechtlichen Abscheidung fähig. Wenigstens sagt Bornemann nicht, was eine sehr lange und was eine kurze Dauer eines Rechtes sei, und wir zweifeln, daß irgendjemand statt seiner ein solches Zeitmaß feststellen können wird.

Da Bornemann selbst fühlt, daß mit diesem Unterschiede nichts anzufangen, gibt er ihm bei den Rechten von unbegrenzter oder doch sehr langer Dauer eine andere Gestalt. Er sagt nämlich, daß solche Rechte, wie z. B. Lehen, Reallasten u. s. w. als auf solche Dauer gerichtete Rechte „mindestens der Regel nach" gar nicht als ein „erworbenes Recht aufgefaßt, sondern höchstens als Erwartung behandelt werden" dürfen. Dann aber folge „die rückwirkende Kraft neuer Gesetze auf die gesetzliche Beschaffenheit solcher Rechte, als Regel, schon aus dem Grunde, daß nur erworbene Rechte durch neue Gesetze nicht berührt werden" (das., S. 10). Ein actuelles Recht wie z. B. das Zehntrecht oder die Lehnsrechte und gutsherrlichen Rechte auf Seiten des berechtigten Inhabers für bloße Erwartungen zu erklären, wird jedem Juristen als baare Unmöglichkeit, als ein Verstoß gegen die einfachsten Grundsätze des Rechts erscheinen müssen. Es sind diese Rechte ganz so actuell, wie nur irgendeines im gesammten Rechtsgebiete, und von „Erwartungen" seitens der Besitzer also hier gar nicht die Rede. [1])

Statt die sehr actuellen Rechte „endloser Dauer" der Berechtigten zu bloßen Erwartungen herabzusetzen, wäre vielmehr umgekehrt von dieser Argumentation nur zu erwarten, daß sie durch ihre Schwäche den Erwartungen der Partei der Berechtigten, den Anspruch auf endlose Dauer ihrer gegenwärtigen Rechte zu einem Rechte zu erheben, möglichsten Vorschub thun wird!

---

1) Ein solches Recht ist nicht nur keine Erwartung, sondern es ist gerade das logische Gegentheil derselben. Ein Erbe hat noch kein actuelles Recht; er erlangt es erst durch das Eintreten eines Umstandes (des Todes des Erblassers). Darum erwartet er. Der Berechtigte bei einem Zehnten einer Reallast ist in der umgekehrten Lage. Er ist gegenwärtig mit dem Rechte befaßt und soll es durch den eintretenden Umstand (Gesetzgebungswechsel) nur verlieren. Er erwartet daher durchaus nicht, sondern wenn unsere Sprache einen das Gegentheil hiervon bezeichnenden Ausdruck hätte, so wäre dieser gerade der angemessene für seine Position!

Es kann bei Gründen dieser Art nicht Wunder nehmen, wenn Bornemann bei den von ihm aufgestellten Grundsätzen sich selbst nicht recht heimisch fühlen kann, sie daher jeden Augenblick durch ein hinzugesetztes „mindestens im allgemeinen", „wenigstens der Regel nach", „jedenfalls in manchen Rechtsverhältnissen" und ähnliche Ausdrucksweisen in ihrer Tragweite abzuschwächen sucht, ihnen aber eben dadurch jeden präcisen und principiellen Charakter nimmt und uns wieder in das vorsavigny'sche Ausnahmenchaos zurückwirft, in dessen durcheinander schwankendem Gemenge von Ausnahmen, die ihre Regel beständig aufheben, jede kosmische Gedankenordnung untergegangen ist.

Obwol nun ein solches Straucheln so bedeutender Juristen an unserer Materie zu doppelter Vorsicht mahnen muß, und obwol das Geständniß, das Savigny selbst Bd. 8, Vorrede S. VI, ablegt, es sei eine Unmöglichkeit, diese Aufgabe schon jetzt zu einem Abschluß zu führen, der Autor müsse es sich vielmehr hierbei bereits „zur Ehre rechnen, wenn sein Versuch in der fernern Entwickelung nur noch als einzelner, vorbereitender Schritt im Angedenken bleiben sollte", ein Unternehmen um so mislicher macht, welches, wie dies der Philosophie nicht anders möglich ist, mit dem Anspruch einer absoluten Lösung auftreten muß, so liegt doch gerade hierin auch eine um so größere Aufforderung, diesen Gegenstand einer wiederholten Untersuchung zu unterwerfen und den *speculativen Begriff* durch die einfache Thätigkeit seiner Dialektik *das* leisten zu lassen, woran die größten Juristen scheiterten und was sie offen als eine *Unmöglichkeit* eingestanden. Es fehlt aber auch nicht an andern und praktischen Gründen, welche dies als besonders zeitgemäß erscheinen lassen.

So ist schon oben darauf aufmerksam gemacht, wie nachdem die Gesetzgebung von ihrer transscendenten Höhe in die Bürgerkreise hinunterzusteigen begonnen hat, ein verstärkter Einfluß der Wissenschaft auf die Gesetzgebung möglich ist. Noch concretere Gründe liegen nahe. Der Gesetzgebungswechsel in Deutschland war in den letzten zwölf Jahren ein sehr lebhafter in Verhältniß zu frühern Perioden. Und doch dürfte er nur ein äußerst unbedeutender zu nennen sein, verglichen mit dem ganz anders sturmvoll bewegten, der uns in naher Zukunft bevorsteht. Es kommt hinzu, daß der Grundsatz der Nichtrückwirkung, so sehr

er auch zunächst als eine einfache stets gültige Vorschrift des Privatrechts erscheint, seine eigene Geschichte hat, die immer mit dem politischen Charakter der Periode in der innigsten Verbindung steht, sodaß er sogar einer eigenen und sehr lehrreichen Geschichtsschreibung fähig wäre. Wer nämlich in unsere Materie auch nur ganz oberflächlich eingedrungen ist, wird begreifen, daß und warum alle Zeiten von gesteigerter historischer Entwickelung — solche also, die man gewöhnlich revolutionäre Zeiten zu nennen pflegt — geneigt sein müssen, dem Grundsatz der sofortigen Anwendung neuer Gesetze eine möglichst weite Ausdehnung zu geben, während alle Zeiten der Reaction — und ebenso alle Parteien von reactionärer Tendenz in Zeiten gesteigerter historischer Entwickelung — den Grundsatz der Nichtrückwirkung zur unzulässigsten Ausspannung aufzutreiben streben; freilich nur insofern es für diese Parteien nicht gilt, eigene durch die frühere Gesetzgebung verloren gegangene Rechte wiederzuerobern! Denn sobald es sich hierum handelt, pflegen dieselben am eifrigsten dabei zu sein, trotz aller Formeln und Wendungen, in denen sie den Grundsatz der Nichtrückwirkung sonst heilig sprechen, denselben auf das gewaltsamste unter die Füße zu treten.

Frankreich liefert uns auch hierfür wieder die lehrreichsten Belege, und es kann erforderlich scheinen, das hier abstract Gesagte mindestens durch einige auffällige Beispiele zu klarster Anschaulichkeit zu bringen.

Durch das Gesetz vom 14. Nov. 1792 hatte der französische Nationalconvent alle fideicommissarischen Substitutionen von da ab untersagt und alle zur Zeit bestehende Fideicommisse in freies Eigenthum in der Hand ihrer Besitzer verwandelt. Er hatte ferner durch das Gesetz vom 7. März 1793 alle testamentarische Dispositionen und auch die unwiderruflichen Erbverträge verboten. Durch die Gesetze vom 5. Brumaire II und besonders vom 17. Nivôse desselben Jahres (6. Jan. 1794) ging der Convent aber weiter und verfügte [1]) unter anderm, daß alle

1) S. Art. 13 des Brumaire-Gesetzes, Art. 2 des Gesetzes vom 17. Nivôse und vgl. die Antwort auf die 52. Frage in dem vom Convent auf den Bericht des Gesetzgebungscomités erlassenen Decrete vom 22. Ventôse II.

seit dem 14. Juli 1789 geschaffenen fideicommissarischen Substitutionen und Erbverträge [1]) nichtig sein und die vermöge solcher Stipulationen seitdem erworbenen Güter ebenso wie alle seit demselben Tage eröffneten Erbschaften trotz aller entgegenstehenden Gesetze, Schenkungen, Testamente und Dispositionen aller Art und trotz aller schon vollbrachten Theilungen von neuem nach dem Grundsatze der Gleichheit unter den natürlichen Erben des Verstorbenen getheilt werden sollten. — Wir werden später Anlaß haben, dieses Gesetz in Bezug auf die allgemein bejahte Frage, inwiefern dasselbe eine Rückwirkung in sich schließe, einer strengen wissenschaftlichen Analyse zu unterwerfen.

Wie dem inzwischen auch sei, als die Wogen der Thermidor-Reaction höher und höher stiegen, ging man von der Ansicht aus, daß dasselbe rückwirkender Natur gewesen sei, und man beeilte sich nun durch die Gesetze vom 9. Fructidor III und vom 3. Vendemiaire IV (25. Sept. 1795) die retroactiven Dispositionen der Gesetze vom 5. Brumaire und 17. Nivôse II [2]) — während man ihre erbrechtlichen Grundsätze für die Zukunft aufrecht erhielt — wieder aufzuheben. Aber man begnügte sich nicht, diese Aufhebung von jetzt ab auszusprechen, sodaß nunmehr z. B. blos alle seit dem 14. Juli 1789 und vor dem sie bereits verbietenden Gesetze vom 7. März 1793 geschlossenen Erbverträge, die sich *von jetzt ab* noch durch den Tod des Erblassers *eröffnen würden*, oder alle seit dem 14. Juli 1789 geschaffenen und vor dem sie bereits in freies Eigenthum verwandelnden Gesetze vom 14. Nov. 1792 eröffneten, *aber etwa noch in Liquidation befindlichen* Fideicommisse aufrecht erhalten bleiben sollten, sondern man gab nun der *Aufhebung* jener der Rückwirkung angeklagten Gesetze einen jedenfalls und unzweifelhaft rückwirkenden Effect. Man verordnete, daß die Personen welche auf Grund jener Gesetze vom 5. Brumaire und 17. Nivôse II in gesetzlicher Weise Erbschaften erworben hatten,

---

1) sowie auch die vor dem 14. Juli 1789 geschaffenen Substitutionen, Erbfolgeverträge und Testamente, wenn die Urheber am 14. Juli noch am Leben waren.

2) Ebenso die Decrete des Convents vom 22. Ventôse II, vom 9. Fructidor II u. s. w.

zur Herausgabe verpflichtet, daß alle ergangenen rechtskräftigen Urtheile vernichtet, alle auch gänzlich beendeten Theilungen wirkungslos sein und die bereits zweimal getheilten Erblassenschaften einer dritten Theilung unterzogen werden sollten. Ja, während der Nationalconvent in den Gesetzen vom 5. Brumaire [1]) und 17. Nivôse II [2]) die bona fides der bisherigen Besitzer respectirend, verordnet hatte, daß dieselben nicht nur wegen der stattgehabten Nutzungen keinerlei Ersatz zu leisten hätten, sondern sogar schlechthin, daß die durch die neuen Gesetze berufenen natürlichen Erben die Güter durchaus in dem Zustande nehmen müßten, in welchem sie sich zur Zeit befänden, ging die Thermidor-Reaction weiter und sicherte den von ihr wiedereingesetzten Personen gegen die durch die aufgehobenen Gesetze berufenen und durch dieselbe bona fides gedeckten Besitzer eine Action wegen inzwischen erfolgter Hochwaldsfällungen zu (. . . „sauf l'action pour abbatis de bois-futaie"; Art. 3 des Gesetzes vom Vendemiare IV). [3])

1) Art. 16: Dans les partages et rapports qui seront faits en exécution des articles précédents, il ne sera fait aucune restitution ni rapport des fruits et intérêts qui avant la promulgation du présent décret, auront été perçus en vertu des lois, coutumes et dispositions auxquelles il a été ci-dessus dérogé.

2) Art. 46, dem eben citirten Art. 16 entsprechend, und dazu noch außerdem Art. 47: „Les héritiers naturels rappelés par le présent décret seront *tenus de recevoir les biens en l'état où ils se trouvent actuellement*" u. s. w.

3) Man muß aber nicht etwa glauben, daß, wie vielleicht sehr plausibel erscheinen möchte und wie dies Merlin in der That in einer bald zu erwähnenden Conventsitzung darzustellen suchte, die retroactiven Bestimmungen des Gesetzes vom 17. Nivôse dem Convente wider seine eigene Ansicht durch die am 9. Thermidor gestürzte Partei der Schreckensherrschaft aufgezwungen und in einfacher Folge hiervon nach dem Sturz Robespierre's wieder aufgehoben worden wären. Der Convent blieb vielmehr noch lange nach dem 9. Thermidor von der Richtigkeit der hierüber im Nivôse-Gesetz aufgestellten Grundsätze durchdrungen und nur sehr allmählich und mit der fortschreitenden Hitze der rückschreitenden Bewegung gelangte man zu der Ansicht, eine unzulässige Rückwirkung in ihnen zu sehen. Weil dies mit unserer obigen Behauptung über den den Individuen selbst oft unbewußten und unmerklichen Einfluß der politischen Ansichten und ihrer Strömung auf die Auffassung des Rückwirkungsgedankens zusammenhängt, und weil selbst unsere ausführlichsten Geschichtswerke, französische wie deutsche, noch immer den Einwirkungen der französischen Revolution auf die privatrechtliche Lage der Individuen jede detaillirtere Aufmerksamkeit zu schenken

Ebenso hatte der Nationalconvent durch Gesetz vom 4—6. Juni 1793 im Princip die Successionsfähigkeit der natürlichen Kinder in den älterlichen Nachlaß decretirt und zur Regelung dieser Verhältnisse das Gesetz vom 12. Brumaire II (2. Nov. 1793)

---

verabsäumen — werden doch nicht einmal so überaus charakteristische Thatsachen wie die durch den Retroactiveffect der oben bezogenen Gesetze vom 17. Nivôse II u. s. w. und wieder 3. Vendemiaire IV u. s. w. hervorgerufenen zwei- und dreimaligen Theilungen der Erbschaften, die In- und Außerbesitzsetzungen der natürlichen Kinder u. s. w. von ihnen auch nur erwähnt —, so halten wir darauf, jenen Verlauf um seines bedeutenden geschichtlichen Interesses willen hier zu constatiren.

Während also Robespierre und seine Partei am 9. Thermidor II (27. Juli 1794) gestürzt wurde, erließ noch einen Monat später, am 9. Fructidor II (26. Aug. 1794), der Convent auf den Bericht seines Gesetzgebungscomités über verschiedene hinsichts des Nivôse-Gesetzes eingegangene Petitionen und zur Schlichtung der in denselben aufgeworfenen Fragen, ein Decret (ganz nach Art des Decrets vom 22. Ventôse II), in welchem er überall auf das strengste an den Bestimmungen und Grundsätzen des Nivôse-Gesetzes festhält. Ja, am selben Tage erließ der Convent sogar ein Decret (décret additionnel à celui du 17—21 nivôse sur les successions), in welchem er, das Nivôse-Gesetz noch ausdehnend, verfügt, daß auch die Hinterlassenschaften aller seit zehn Jahren vor dem 14. Juli 1789 Abwesenden nach den Grundsätzen jenes Gesetzes getheilt werden sollten. Und wir bemerken einstweilen, daß es Berlier war, welcher diesen Gesetzvorschlag dem Convent präsentirte (s. den Moniteur vom 11. Fructidor II). Selbst noch im Brumaire III (Oct.—Nov. 1794) dachte der Convent noch nicht an die Rücknahme jener retroactiven Bestimmung, wie wir bald sehen werden. Ja, nicht genug; noch am 11. Nivôse III — also am 31. Dec. 1794 — ging der Convent, durch Petitionen wie Anträge um Rücknahme jener Bestimmungen bestürmt, nicht nur zur Tagesordnung über, sondern decretirte sogar, daß dieser Uebergang zur Tagesordnung in das Bulletin de correspondance aufgenommen werden sollte, um hierdurch auf das nachdrücklichste zu zeigen, daß er zur Aufrechterhaltung jenes Gesetzes fest entschlossen sei. — Wir entnehmen letztere Thatsachen dem Eingeständniß, welches Merlin in einer viel spätern Zeit, in seinem als Generalprocurator am pariser Cassationshof in der Sitzung desselben vom 21. Vendemiaire X (13. Oct. 1801) im Proceß Dubarry contra Lonjon gehaltenen Plaidoyer abgelegt hat, in einer Zeit also, in welcher sich die Leidenschaften beruhigt hatten und er sich vielleicht selbst nicht mehr erinnerte, wie sehr er durch dies Eingeständniß die von ihm in der Conventssitzung vom 5. Floréal III aufgestellten Behauptungen selbst Lügen strafte. Merlin sagt in jenem Plaidoyer (abgedruckt in seinen Questions de droit [Paris 1828], III, 581) wörtlich: „Mais premièrement, il n'existait en brumaire an III, aucun indice que l'effet rétroactif de la loi du 17 nivôse an II dût être

erlassen, nach welchem (Art. 1) die existirenden unehelichen Kinder in alle bereits seit dem 14. Juli 1789 eröffneten Erbschaften ihrer Aeltern succediren sollten. Durch Gesetz vom 15. Thermidor IV (5. Aug. 1796) verfügte dagegen die Thermidor-Reaction, daß dieser auf den 14. Juli 1789 zurückwirkende Effect aufgehoben sein, und die in der Zwischenzeit vom 14. Juli 1789 bis zum 4. Juni 1793 von den natürlichen Kindern auf Grund jenes Gesetzes erworbenen Erbtheile wieder von ihnen herausge-

---

rapporté; et la Convention nationale elle-même y était alors *si peu disposée* que deux mois après, le 11 nivôse an III, non seulement elle a passé à l'ordre du jour sur la proposition qui lui était faite de rapporter ces dispositions extraordinaires, mais elle a encore ordonné que le décret par lequel elle avait écarté cette proposition, fût inséré *au Bulletin de Correspondance, afin sans doute de manifester avec d'autant plus d'éclat, l'intention où elle était de maintenir la loi dans son intégrité.*" Erst in der Sitzung vom 5. Floréal III (24. April 1795) war es, daß die Suspension aller auf Grund des Nivôse-Gesetzes noch schwebenden Proceduren vom Convent decretirt wurde. Wenn Merlin also in dieser Sitzung (s. den Moniteur vom 9. Floréal III) die Behauptung aufstellt, der Art. 14 der Declaration der Menschenrechte von 1793 habe (s. oben S. 6, Anmerk. 3) nach der ursprünglichen Absicht auch im Civilrecht das Rückwirken neuer Gesetze ausschließen sollen, so kann er hierin vollständig Recht haben, denn die in Rede stehenden Bestimmungen des Nivôse-Gesetzes enthielten, wie wir später sehen werden, nach Ansicht des Convents gar keine wirkliche Rückwirkung. Wenn aber Merlin ferner in dieser Rede, die Petitionnaire, welche die Barre des Convents bestürmten, unterstützend, das Nivôse-Gesetz so darstellen will, als sei es nur von Couthon, Hérault-Sechelles und Fabre d'Eglantine u. s. w. dem Convent aufgezwungen worden, wenn er behauptet, keiner seiner Collegen habe sich zur Redaction dieses Gesetzes hergeben wollen, nur mit List habe Berlier dazu bestimmt werden können, und zwanzigmal habe dieser die Piecen auf das Bureau zurückgeworfen „en disant qu'il ne voulait pas être le rédacteur d'une loi aussi infâme", so ist er in dieser ganzen Darstellung der Unwahrheit überführt durch sein eigenes späteres, das Verhalten des Convents zu jenem Gesetz noch lange nach dem Thermidor so ganz anders schilderndes Geständniß; er ist endlich in Bezug auf Berlier der Unwahrheit überführt durch die schon vorher constatirte Thatsache, daß dieser noch einen Monat nach dem Sturz der Schreckensherrschaft den die Principien des Nivôse-Gesetzes von neuem anwendenden und resp. ausdehnenden Gesetzesvorschlag vom 9. Fructidor II machte und schließlich auch noch dadurch, daß Berlier in seinem früher dem Convent erstatteten Bericht zum Decret vom 22. Ventôse II ausdrücklich geleugnet hatte, daß das Nivôse-Gesetz eine Rückwirkung in sich schließe (s. den Bericht Berlier's im Moniteur vom 25. Ventose II).

geben werden sollten, (nach den Formen des Gesetzes vom 3. Vendemiaire IV).

Die napoleonische Gesetzgebung trägt den Charakter ihrer ermatteten und relativ rückwärtsgewendeten Periode in ruhigerer Weise insofern an sich, daß sie dem Grundsatz der Nichtrückwirkung die unzulässigste Ausdehnung gibt. [1]) So verordnet der Code Napoléon z. B. (Art. 2281 C. c.), daß die bereits begonnenen Verjährungen nicht nach den neuen vom Gesetz bestellten Fristen, sondern nach den ältern berechnet werden sollten, eine von der Wissenschaft einmüthig verworfene Bestimmung. [2])

So wurde ferner in dem transitorischen Gesetz vom 26. Ger-

---

1) Es wird dies schon durch die oben im Text nachfolgenden Beispiele und durch die dabei angeführten Erklärungen der französischen Regierungsredner hinlänglich erwiesen. Uebrigens gilt das Gesagte noch weniger vom Code selbst als von den transitorischen Gesetzen und andern Decreten und Erlassen der kaiserlichen Regierung. So ist z. B. der Art. 2 des Gesetzes über die natürlichen Kinder vom 14. Floréal XI den französisch-rechtlichen Ansichten nicht entsprechend. Noch weniger ist dies mit dem Avis du conseil d'état vom 20. Sept. 1809 der Fall, welcher verordnet, daß bei Contumatialverurtheilungen zum bürgerlichen Tod die durch Art. 28 C. c. hieran geknüpften Folgen für die Art der Vermögensverwaltung nur für später Verurtheilte eintreten sollten. Ebenso steht das Zinsengesetz vom 3. Sept. 1807 durch seine im Art. 5 verfügte Unanwendbarkeit des Maximums auf die bestehenden Verträge in einem auffälligen Gegensatz mit einem in der Folge anzuführenden preußischen Gesetz hierüber und gewiß auch in einem unleugbaren innern Widerspruch mit dem die Freilassung der Schuldgefangenen verordnenden Decrete des Convents vom 9. bis 12. März 1793. Der Art. 1041 Cod. de procéd., bestimmend, daß die neuen Procedurformen auf schon eingeleitete Processe keine Anwendung finden sollen, steht, trotz des einschränkenden Avis du conseil d'état vom 6. Jan. und 16. Febr. 1807, gleichfalls nicht mit der französischen Rechtswissenschaft in Uebereinstimmung. In schreiender Weise verstößt gegen dieselbe der Art. 155 des Organisationsdecrets für die hanseatischen Departements vom 4. Juli 1811, welcher bestimmt, daß die durch dies Decret abgeschafften Substitutionen noch wirksam bleiben sollten für die bereits lebenden nächsten Berufenen u. s. w. Wenn man letzteres etwa als eine Billigkeitsausnahme auffassen sollte, so wird sich später zeigen, daß solche angebliche Billigkeit, die überdies der französischen Doctrin ganz entgegen ist, vielmehr eine hohe Unbilligkeit und Rechtswidrigkeit darstellt. Uebrigens hat die kaiserliche Gesetzgebung durch diese und ähnliche Verordnungen im allgemeinen keinen dauernden und umändernden Einfluß auf die französische Doctrin ausgeübt.

2) Vgl. Bornemann, a. a. O., S. 39. Savigny, a. a. O., S. 434. Simon und Strampff, Zeitschrift, II, 28 fg. Bergmann, Das Verbot der

minal XI, durch welches das Scheidungsgesetz des Code Napoléon eingeführt wurde, bestimmt, daß dieses auf die bereits eingereichten Scheidungsklagen keinerlei Wirkung ausüben, dieselben vielmehr nach den alten Grundsätzen und Formen abgeurtheilt werden sollten. Und dies wurde vom Regierungsredner Staatsrath Réal in seinem Exposé des motifs vor dem legislativen Körper nicht aus Billigkeitsgründen gerechtfertigt, sondern vielmehr ausdrücklich als eine nothwendige Folge des über die Nichtrückwirkung handelnden Art. 2 Code civil behauptet.[1]) Das Recht auf Scheidung wurde von Hrn. Real ausdrücklich für ein „droit acquis" [2]), für ein erworbenes Recht ausgegeben! [3])

---

rückwirkenden Kraft (Hannover 1818), S. 34 und 247 fg. Die französischen Schriftsteller selbst leugnen die theoretische Unrichtigkeit dieses Grundsatzes, der schon mit der alten französischen Jurisprudenz, die sich in Bezug auf die königlichen Ordonnanzen von 1510 und 1673 gebildet hatte, in Widerspruch steht, durchaus nicht und streben deshalb diese Bestimmung des Code civil lediglich auf die im Code civil bestellten Verjährungsfristen zu beschränken, ihre Unanwendbarkeit auf die erst vom Code de procédure festgesetzten behauptend; s. Merlin, Répert. v° Effet rétroactif, Sect. 3, §. 3 und 11, und Troplong, De la Préscription, S. 522. Ebenso hat der pariser Cassationshof durch Urtel vom 30. Nov. 1813 die Unanwendbarkeit jener Vorschrift auf Verjährungen, die durch ein Specialgesetz bestellt sind, angenommen. Es muß daher um so mehr wunder nehmen, wenn in einer Entscheidung des königlichen Obertribunals (Praejud. 2210) unter Bezugnahme auf den Art. 2281 C. c. die völlig falsche Ansicht ausgesprochen werden konnte, daß der mit der richtigen Theorie ganz übereinstimmende §. XVII des Einführungspatents vom 5. Febr. 1794 zum Allg. Landrecht nur eine positive transitorische Bestimmung enthielte, welche auf den Uebergang aus dem alten Rechtszustand in den des Allg. Landrechts zu beschränken sei und ebenso gut auch anders — nämlich dem Art. 2281 C. c. entsprechend — hätte geordnet werden können!

1) Hr. Réal geht deshalb so weit zu sagen, daß das ganze transitorische Germinal-Gesetz eigentlich überflüssig sei. Es ergebe sich sein Inhalt aus dem Art. 2 Code civil eigentlich von selbst: „Et peut-être que cette solennelle profession de foi, peut-être que cette règle de conduite placée en tête du code dont la loi sur le divorce fait partie, pouvait amener à regarder comme inutile la loi transitoire dont le projet vous est soumis!! Mais le Gouvernement a été instruit que *des doutes* (!!) s'élevaient" u. s. w.

2) „Dans sa disposition générale, le projet de loi que nous vous présentons, appliquant le principe proclamé par l'art. 2 du code prononce que le droit résultant de la loi ancienne est *acquis* à celui qui a usé de ce droit antérieurement à la publication de la loi nouvelle."

3) Um wieviel richtiger dagegen die mit den später zu entwickelnden

Von der preußischen Gesetzgebung läßt sich nachweisen, daß in ihr ein großer — und zwar erfreulicher — Umschwung der Ansichten hierüber zwischen den Jahren 1803 und 1814 eingetreten ist, ein Fortschritt, welcher in dieser Hinsicht auch die Grundsätze der napoleonischen Gesetzgebung, die freilich durchaus nicht hierin mit den Grundsätzen der französischen Jurisprudenz für überall identisch gehalten werden dürfen [1], in manchen Stücken weit hinter sich zurückläßt. Um diesen zwischen 1803 und

---

Grundsätzen der Wissenschaft genau übereinstimmenden Publicationspatente des preußischen Gesetzgebers hierüber in den Jahren 1814—16, auf welche schon oben (S. 18, Anm. 1) Bezug genommen ist! — Jenes Exposé des motifs des Staatsrath Réal läßt übrigens sehr deutlich erkennen, aus welcher historischen Ursache in jener Periode diese übertriebenen Auffassungen der Nichtrückwirkung stammen. Er erinnert zuerst an die allgemeine Uebereinstimmung der Jurisconsulten aller Zeiten über diesen Grundsatz und wirft dann einen mit Abscheu erfüllten Blick auf die Zeiten des Convents, in denen allein er mit Füßen getreten worden sei. „C'est sans doute parceque *dans ces temps de troubles* dont nous sortons à peine, cette vérité, aujourd'hui si religieusement respectée, a été *plus audacieusement foulée aux pieds* que vous retrouvez à la tête du Code Napoléon, sous l'art. 2 du Titre préliminaire la déclaration suivante que son évidence devait sans ce motif dispenser de toute publication: La loi ne dispose que pour l'avenir, elle n'a point d'effet rétroactif." Die Sache ist, daß man, die Grundsätze der Wissenschaft über diese Materie sehr wenig beherrschend, dem Convent jedenfalls sehr viel Fälle von Rückwirkung vorwarf, in denen eine solche in Wahrheit durchaus nicht zu finden ist. Um sich von ihm so sehr als möglich zu entfernen und in dem oben erwähnten jeder Reactionsperiode natürlichen Streben, die Gültigkeit der Nichtrückwirkung zu übertreiben, kam man so weit, daß, wie Hr. Réal, in einer Scheidungsklage, der Regierungsredner Staatsrath Bigot-Préameneu in seinem dem gesetzgebenden Körper entwickelten Exposé des motifs über den Verjährungstitel (Locré, Motifs, VII, 162, 171) in dem Beginn einer Verjährungsfrist nach einem Gesetze das „erworbene Recht" suchte, sie nach demselben Gesetze zu Ende zu führen. („Il faut éviter l'effet rétroactif. — Il suffit qu'un droit *eventuel* soit attaché à la préscription commencée pour que ce droit doive dépendre de l'ancienne loi", Aeußerungen, für die er von Merlin und Troplong, a. a. O., auf das härteste zur Rede gesetzt wird.)

1) Wir verwahren uns übrigens gegen die aus Aeußerungen wie die obige etwa zu folgernde Meinung, als wären wir mit den Ansichten der französischen Jurisprudenz grundsätzlich einverstanden. Es gilt vielmehr von der französischen Ansicht über die Nichtrückwirkung ebenso sehr wie von der Savigny's, daß sie sowol zu weit als zu eng ist, wie sich dies im positiven Theile herausstellen wird.

1814 in der preußischen Legislation eingetretenen Fortschritt darzuthun, reicht es hin, das preußische Publicationspatent vom 24. März 1803 für das Fürstenthum Eichsfeld, Mühlhausen, Nordhausen u. s. w. mit den in den Jahren 1814 und 1816 erlassenen Publicationspatenten in einigen Stücken zu vergleichen. So heißt es in den §§. 5 und 6 des Publicationspatents von 1803 [1]): wie alle ältern Verträge „in Ansehung ihrer Form und ihres Inhalts" — „ebenso müssen alle Testamente und alle letztwillige Verordnungen, welche vor dem 1. Juni 1804 errichtet sind, durchgehends nach den Vorschriften der ältern Gesetze beurtheilt werden, wenngleich das Ableben des Erblassers erst später erfolgt sein sollte."

Hiernach waren also die Testamente nicht nur in Bezug auf ihre Form, sondern, wie Bergmann (siehe oben S. 25) will, auch in Bezug auf die Gültigkeit ihres Inhalts gegen die Anwendbarkeit der neuen landrechtlichen Bestimmungen über Testirfähigkeit, Fähigkeit der Honorirten und Pflichttheil trotz der noch nicht erfolgten Delation der Erbschaft geschützt. Es waren bloße Erwartungen wie erworbene Rechte behandelt. Dagegen heißt es im §. 6 des preußischen Publicationspatents vom 9. Sept. 1814 (für die Altmark, Herzogthum Magdeburg u. s. w.) ausdrücklich, daß die bestehenden Testamente nur „in Rücksicht ihrer Form" nach den ältern Gesetzen zu beurtheilen seien, und in den Publicationspatenten von 1816 wird noch zum Ueberfluß besonders hinzugesetzt, daß der Inhalt der Testamente nur gültig sei, „insofern nicht Prohibitivgesetze zur Zeit des Erbanfalls ihm entgegenstehen. In letzterer Rücksicht ist insbesondere die Lehre von der Erbfähigkeit der instituirten Erben und vom Pflichttheil nach den zur Zeit des Erbanfalls geltenden Gesetzen zu beurtheilen."

Ebenso wird in dem Publicationspatente von 1803 in §. 8 verordnet [2]), daß auch die „Grundsätze wegen Trennung der Ehe" — die doch zum persönlichen Eherecht gehört —, nach den

---

1) Vgl. §. XII des Publicationspatents vom 5. Febr. 1794 bei der Einführung des Allg. Landrechts.

2) Entsprechend dem §. XIV des Publicationspatents vom 5. Febr. 1794 zum Allg. Landrecht.

Gesetzen zur Zeit der Eheschließung zu beurtheilen seien. Im §. 9 des Patents von 1814 — und ebenso in allen spätern Publicationspatenten — wird dagegen bestimmt, daß in Bezug auf die Scheidung die Bestimmungen des neuen Landrechts platzgreifen sollen.

In §. 10 des Patents von 1814 wird verfügt, daß vom Tage der Gesetzeskraft des Landrechts ab der nach den Bestimmungen desselben dem Vater zustehende Nießbrauch an dem Vermögen der Kinder eintreten, der der Mutter aber nach Maßgabe dieser Bestimmungen fortfallen sollte. In dem Patent von 1803 dagegen [1]) fehlt jede solche specielle Vorschrift, und durch die allgemeine Verfügung des §. 4 daselbst war das Gegentheil darüber entschieden. [2]) Ebenso wird in §. 11 des Patents von 1814 bestimmt, daß auch die früher geborenen unehelichen Kinder von dem Tage der Geltung des Allg. Landrechts ab mit den in diesem unehelichen Kindern beigelegten Rechten befaßt sein sollten. In dem ältern Patent von 1803 fehlt jede solche Ausnahme, und nach der in §. 4 daselbst gegebenen Regel war das Gegentheil festgestellt. [3])

In Bezug auf die erlaubte Höhe der Zinsen ist in §. 14 des Patents von 1814 verordnet, daß die Bestimmungen des

---

1) und ebenso im Publicationspatent vom 5. Febr. 1794.

2) Denn im §. 4 heißt es (entsprechend dem §. VIII im Publicationspatent vom 5. Febr. 1794): „Auch soll ein jeder, welcher zur Zeit der Publication des Allg. Landrechts in einem nach bisherigen Rechten gültigen und zu Recht beständigen Besitze irgendeiner Sache oder eines Rechts sich befindet, gegen jedermann geschützt und niemand in dem Genusse seiner wohlerworbenen Gerechtsame unter irgendeinem aus dem Allg. Landrecht entlehnten Vorwande gestört oder beeinträchtigt werden.“

3) Denn es heißt daselbst (entsprechend dem §. VIII des Publicationspatents vom 5. Febr. 1794): „Auf die schon früher vorgefallenen Handlungen und Begebenheiten soll das Allg. Landrecht nicht angewendet, sondern dabei nach den §§. 14—20 der Einleitung vorgeschriebenen Grundsätzen verfahren werden.“ In diesen findet sich aber hierüber nur in §. 14 die Wiederholung, daß neue Gesetze auf frühere Handlungen und Begebenheiten nicht anzuwenden sind, und in §. 19 die Bestimmung: „Insofern aus einer verbotenen Handlung Privatrechte entspringen, muß auf die Gesetze, welche zur Zeit der Handlung gültig waren, Rücksicht genommen werden.

Allg. Landrechts hierüber vom Tage seiner Gesetzeskraft ab dergestalt eintreten sollen, „daß, wenn in einem frühern Vertrage höhere Zinsen verabredet worden, als die preußischen Gesetze verstatten, von dem Tage der Wirksamkeit des letztern der Schuldner nur zur Zahlung der erlaubten niedrigen Zinsen verpflichtet ist". In dem ältern Patente fehlt diese Bestimmung, und da vielmehr in demselben in §. 5 (entsprechend dem §. XI des Publicationspatents vom 5. Febr. 1794) ohne jede Ausnahme bestimmt ist, alle Verträge müssen „in Ansehung ihrer Form und ihres Inhalts sowie auch der daraus entstehenden rechtlichen Folgen nach den Gesetzen zur Zeit des geschlossenen Contracts beurtheilt werden, wenngleich erst später daraus auf Erfüllung, Aufhebung oder Leistung des Interesse geklagt würde", so war hierdurch wieder das Gegentheil festgesetzt. [1])

Ebenso wird in §. 15 des Patents von 1814 in Bezug auf die Vorzugsrechte von Gläubigern ein Unterschied gemacht und gesagt, daß, wenn es auf eine bloße Classification (also auf eine aus dem Gesetz selbst herrührende Bevorzugung) der Forderungen mehrerer Gläubiger ankommt, in Fällen des spätern Streits die preußischen Gesetze, ohne Rücksicht auf die zur Zeit der Entstehung der Forderung geltend gewesenen Gesetze, maßgebend sein sollten. Bei wirklichen Pfandrechten (und ebenso bei gesetzlichen Hypotheken) müßten dagegen die Gläubiger in ihren ältern Rechten geschützt werden.

In den ältern Patenten findet sich dagegen eine solche Unterscheidung nicht, und mußten die Gläubiger nach den allgemeinen Vorschriften derselben bei den Vorzugsrechten ihrer Forderungen nach den Gesetzen zur Zeit ihrer Entstehung geschützt werden. [2])

---

1) In der That verwerfen Savigny und fast alle seine Nachfolger ein solches sofortiges Eingreifen der Zinsgesetze als eine unerlaubte Rückwirkung, aber mit großem Unrecht, wie sich uns an seinem Ort ergeben wird.

2) Was in Bezug hierauf wahrhaft anzunehmen ist, darüber später. — Endlich enthält das Patent von 1814 in §. 14 noch die Bestimmung: „Die Volljährigkeit tritt in Absicht aller derjenigen Personen, welche solche vor dem 1. Jan. 1815 nach den bisherigen Gesetzen noch nicht erreicht haben, erst mit dem vollendeten vierundzwanzigsten Jahre ein."

Wir bemerken noch, daß alle angeführten Punkte des Patents von 1814 sich ganz ebenso in allen spätern Publicationspatenten von 1816 wiederfinden, dasselbe also durchaus keine Singularität darstellt.

Was sich bei dieser Vergleichung offenbar ergibt, ist zunächst zweierlei. Ein gänzlicher Stillstand der gesetzgeberischen Ansichten über unsere Materie in den zehn Jahren von 1794—1804, und dagegen ein sehr lebhafter Umschwung dieser Ansichten, und zwar ein mindestens in den allermeisten Fällen höchst erfreulich zu nennender Fortschritt derselben, in den andern zehn Jahren von 1804—14, ein Fortschritt, welcher sich bei uns also gerade genau in derselben Periode vollbrachte, in welcher in Frankreich der oben angedeutete relative Rückschritt der kaiserlichen Gesetzgebung stattfand.

Fragt man nun nach den Ursachen dieses in Preußen zwischen 1804 und 1814 eingetretenen so bedeutenden und mit dem frühern Stillstand so lebhaft contrastirenden Fortschritts, so ist es unmöglich, etwas anderes als Ursache hierfür anzunehmen, als die gerade in jener Periode zu uns erfolgte Verbreitung der Ideen der französischen Revolution.

In der deutschen Rechtswissenschaft lag der Grund gewiß nicht. Denn an Weber etwa zu denken, dessen Werk in der Zwischenzeit erschien (Ueber die Rückanwendung positiver Gesetze, Hannover 1811), ist theils aus mehrfachen Gründen nicht möglich, theils steht er selbst in dem, was er Richtiges hat, hauptsächlich unter dem von ihm keineswegs verhehlten Einfluß der französischen Ideen, während noch das 1812 erschienene Werk von v. Herrestorff („Ueber die zurückwirkende Kraft der Gesetze", Düsseldorf 1812) in der unzulässigsten Ausdehnung alle jene frühern doctrinellen Grundsätze vertritt, welche gerade durch die Patente von 1814 u. s. w. verworfen wurden.

Es zeigt sich aber auch noch durch zwei andere Umstände evident, daß die deutsche Rechtsdoctrin an jenem Fortschritt ganz unschuldig ist, und er nur der Einwirkung der französischen Revolutionsideen auf die gesetzgeberischen Ansichten in Deutschland beigemessen werden kann. Denn schon der 1809 in Karlsruhe mit Zusätzen als Landrecht für das Großherzogthum Baden publicirte Code Napoléon huldigt in diesen Zusätzen bereits, wie wir dies

später gelegentlich sehen werden, im allgemeinen den Grundsätzen der preußischen Patente von 1814 u. s. w., wenn er auch in vielen Punkten noch hinter ihnen zurückbleibt. Und vor 1809 war in Deutschland keine Schrift seit 1748 über diesen Gegenstand erschienen, mit Ausnahme einer unbedeutenden Dissertation von Lorenz, De obligatione legis in praeteritum (Leipzig 1770). — Wie der literarhistorische Nachweis, so läßt auch die Art des gemachten Fortschritts gar keinen Zweifel über seinen Ursprung. Betrachtet man nämlich den Unterschied in den Patenten von 1804 und 1814, so besteht derselbe in den Ansichten über den Personenzustand und die aus ihm fließenden vermögensrechtlichen Accessorien, über das persönliche Eherecht, den Nichtschutz bloßer Erwartungen, die prohibitive Einwirkung neuer Zinsfußgesetze auf bestehende Verträge u. s. w., und sucht man nach einer gemeinschaftlichen Quelle dieser geänderten Bestimmungen, so ist dieselbe in ihrem allgemeinsten Ausdruck in nichts anderm zu erblicken, als in einer strengern Auffassung des Staatsbegriffs, eine Quelle, aus welcher alle in diesem Jahrhunderte gemachten Fortschritte stammen und weiter stammen werden, so sehr ihnen auch vermeintliche Freunde der Freiheit durch Auflockerung des strengsittlichen Staatsbegriffs in individuelle Privatwillkür entgegenarbeiten.

Wenn die gesetzgeberischen Auffassungen solchen von den Richtungen des politischen Geistes bestimmten Schwankungen unterliegen, so wird man vielleicht glauben, wenigstens nach einmal gegebenem Gesetz in der Privatrechtspflege den Hafen gefunden zu haben, innerhalb dessen die Strömungen des Tages auf unsern Gegenstand ohne Einfluß sind. Allein dies ist ebenso wenig der Fall und kann auch nur in der Meinung derer der Fall sein, welche — und freilich gehören hierzu, soll man sagen glücklicher- oder unglücklicherweise? fast alle Justiciabeln — die Privatrechtspflege für ein apartes Himmelreich halten, in das der Sturm und die Leidenschaften des politischen Lebens nicht einzudringen vermögen.

In der That aber könnte man wie in der Gesetzgebung so auch in der Jurisprudenz eine nicht weniger deutlich politisch bewegte Geschichte des Nichtrückwirkungsgrundsatzes nachweisen, die sich der gerade herrschenden Tendenz um so enger anschließt, als

die Tribunale wie von dem Geist der Gesetzgebung, so besonders auch von dem Wirbel der politischen Strömung, die alles im Luftkreise Befindliche gleichmäßig zu erfassen pflegt, mit fortgerissen werden. [1])

Um so zeitgemäßer möchte daher gerade im Hinblick auf diese Schwankungen der ab- und zufließenden Wellen und ihren wiederkehrenden Strudel der Versuch für die Wissenschaft erscheinen, mit fester Hand die unzerbrechlichen Grenzlinien des Begriffs zu ziehen, welche, wenn sie sich wahrhaft als solche erweisen,

---

1) Einige Monate nachdem das Obige niedergeschrieben wurde, erklärte der Vicepräsident des königlichen Obertribunals, Hr. v. Götze, in der Sitzung des preußischen Herrenhauses vom 24. März 1860 dem Justizminister gegenüber, welcher sich zur Unterstützung seiner Ansicht auf ein vom Obertribunal erlassenes civilrechtliches Urtheil bezog, folgendes: „Dies Urtel ist so ergangen, ich muß aber darauf aufmerksam machen, daß es aus dem Jahre 1851 herrührt. Die Rechtserschütterungen, die in den Jahren 1848, 1849 und 1850 durch das Land gingen, waren allerdings geeignet, die Jurisprudenz in Verlegenheit zu bringen, und sie brauchte einige Zeit, um sich zu orientiren. Aus dieser Zeit ist das Urtel; aber ich berufe mich auf das, was der Herr Referent angeführt und was der Herr Justizminister ausführlich im vorigen Jahre dargelegt hat, daß demnächst das Obertribunal in seinen Urteln jene Ansicht vollständig verlassen und die entgegengesetzte constant aufrecht erhalten hat." Der Staatsminister und Chefpräsident des Obertribunals, Hr. Uhden, erklärte, unmittelbar hierauf das Wort ergreifend, daß in Bezug auf jenes Erkenntniß bereits sein Vorredner „das Erforderliche (!!) gesagt habe" (Stenograph. Ber., S. 280). Es ist für uns überflüssig und nicht hier der Ort, mit den Herren Götze und Uhden darüber zu rechten, ob jenes Urtheil vom Jahre 1851 ein Product der revolutionären Strömung oder vielmehr das Abgehen von der in diesem Urtheil entwickelten Rechtsansicht und die „constante" Annahme der entgegengesetzten ein Product der reactionären Strömung war, die allerdings erst seit dem Jahre 1851 ihren fanatischsten Höhepunkt erreichte. Ohnehin wird die Wahl zwischen diesen beiden Annahmen keinem mit einigem Menschenverstande Begabten schwer fallen, zumal wenn er berücksichtigt, daß jenes erste Urtel aus dem Jahre 1851 herrührt, in welchem keinerlei revolutionäre Strömung mehr den Puls des Volks durchzitterte, angenommen selbst, daß dieser in sympathischer Erregung bis in das Obertribunal hineinschlagen könne. Für uns reicht hin, daß Vicepräsident und Chefpräsident des Obertribunals hier jedenfalls die, gleichviel nach welcher Seite hin, im königlichen Obertribunal, dem obersten Gerichtshof der Monarchie, herrschende Corruption des Rechts durch politische Einflüsse mit dürren Worten selbst constatiren.

dazu dienen würden, nach rechts wie links die Ausschreitungen zu beseitigen. Gerade weil sich bisher die Wissenschaft über diese Grenzen nicht verständigen konnte, gerade weil der Begriff der Nichtrückwirkung bald zu eng, bald besonders zu weit gefaßt und es deshalb häufig unerläßlich wurde, Abweichungen von demselben zuzulassen, so konnte nun, waren einmal solche Abweichungen erst überhaupt zulässig, um so weniger in dem Mehr oder Minder derselben eine sichere Scheidewand gegen willkürliche Ausschweifungen gezogen werden. Die hohe Wichtigkeit einer solchen Aufgabe aber bedarf, um recht gewürdigt zu werden, nur einer kurzen Andeutung. Der inhaltliche Gedanke unsers Themas ist, in seiner höchsten und allgemeinsten Auffassung, kein anderer, als der Gedanke der — aus der Rechtsidee selbst hervorfließenden und ihr entsprechenden — Hinüberführung eines alten Rechtszustands in einen neuen! Gelänge es also, eine anerkannte Lehre der Wissenschaft hierüber zu schaffen, so würde dieselbe mächtig dazu beitragen können, einerseits die Umgestaltungsarbeiten der Gegenwart zu erleichtern, andererseits den empörten schaumspritzenden Wogen das Ueberfluten auf den von dem individuellen Willen durchfurchten Acker wahrhaft erworbener Rechte zu wehren. Die Grenzlinien des Begriffs sind dem Gotte Terminus nicht minder heilig, als diejenigen der Aecker, und gelänge es, sie bloßzulegen, so möge dann von ihnen das Gesetz des Numa gelten:

„Sei quis terminom exarasit, ipsos boveisque sacrei sunto!"

II.

Die Theorie.

Et si l'on croyait que cet essai donne trop à l'esprit du système, à une théorie *abstraite* ou *métaphysique*, nous observerions que selon nos *maîtres*, il n'existe pas de véritable *science*, qu'il n'y a que routine et préjugés tout, au plus *sens droit*, ou *tact heureux*, dans la tête des hommes qui n'ont ni système ni théorie. —

Recueil général des lois et des arrêts par *Sirey*,
Tom. IX, Part. II, p. 277.

I. Der Begriff und seine Bewährung.

§. 1. Die Formel und der Begriff.

Wir wenden uns jetzt dazu, die Theorie der Rückwirkung der Gesetze, und mit ihr die Theorie der erworbenen Rechte, in positiver Weise zu entwickeln, indem wir sie in einige Grundsätze zusammendrängen, welche sämmtlich selbst wieder nur die nothwendige Folge des an die Spitze gestellten Begriffs sind, sodaß dieser es also ist, welcher durch die immanenten Folgerungen, zu denen er sich treibt, das die gesammte Materie beherrschende begriffliche Gesetz bildet.

Auf jeden dieser Grundsätze lassen wir seine theoretische Begründung folgen, welche also an und für sich seine Richtigkeit feststellen muß. Außerdem werden wir dieser theoretischen Begründung zugleich zur bessern Veranschaulichung des abstract Gesagten und seines Umfangs Beispiele hinzufügen und an diese oder jene Anerkennung in gesetzgeberischen Bestimmungen erinnern.

Diese Beispiele haben zunächst die angeführte Absicht der Verdeutlichung. Sie haben ferner den Zweck, im Verein mit dem bei der Anwendung der Lehre — im dritten Abschnitt — aufgeführten Stoff den juristisch empirischen Beweis für unsere Theorie darzustellen. Denn die geschlossene Durchführung der Theorie durch alle Gebiete des Rechts wie durch das Reich des empirischen Rechtsstoffs wird nicht umhin können, eine neue Probe für die Richtigkeit derselben und ihre letzte Sicherstellung

zu bilden. Zugleich machen wir hier darauf aufmerksam, daß wir bei der Anwendung mehrere speciellere Folgesätze des theoretischen Theils entwickeln werden. Diese aber in die Reihe der theoretischen Grundsätze aufzunehmen, schien überflüßig, weil sie einerseits nur genaue Gedankenconsequenzen derselben darstellen und andererseits, nur auf specielle Rechtsgebiete sich erstreckend, bei den betreffenden Theilen der positiven Anwendung doch hätten wieder dargestellt werden müssen, sodaß sich hieraus nur lästige Wiederholungen und eine zu vermeidende und unübersichtliche Verwickelung des theoretischen Theils ergeben hätten.

Indem wir nun zu diesem übergehen, bemerken wir, daß wir nicht assertorisch verfahren.

Wir entwickeln nicht aus einer willkürlich aufgegriffenen Regel. Eine solche, selbst wenn sie an sich richtigen Inhalts wäre, müßte immer selbst wieder das Resultat von Voraussetzungen sein und somit allem Folgenden mindestens den Schein der Ungewißheit und Willkürlichkeit verleihen. Sie würde niemals den Erweis innerer Nothwendigkeit mit sich führen und somit immer zu wirklichem Irrthum mindestens leiten können. Sie würde endlich niemals, selbst wenn richtig, alles Richtige umschließen und aus sich abzuleiten vermögen.

Was vielmehr schlechterdings an die Spitze gestellt werden muß, und was wir in der That in dem ersten Gesetz, wie seine Begründung zeigt, an die Spitze gestellt haben, ist nichts anderes als der eigene Begriff der Nichtrückwirkung selbst. Aus ihm muß sich bewähren, was in dieser Materie gelten soll, und was aus ihm hervorgeht, ist mit Nothwendigkeit bekleidet. Wir bemerken noch, daß es keineswegs, wie vielleicht scheinen kann, gründlich oder auch nur richtig wäre, an die Spitze die Regel hinzustellen, daß das Geschehene nicht später ungeschehen gemacht werden solle. Savigny (VIII, 382) sagt, da dieses an sich unmöglich sei, so bedürfe es keiner Rechtsregel, um es zu verhindern. Indeß die Möglichkeit würde sich im rechtlichen Sinne und bis zu einem gewissen Grade nicht leugnen lassen. Der Grund ist vielmehr ein anderer. Das Ungeschehenmachen des Geschehenen gehört überhaupt nicht zu dem Begriff des Rückwirkens als solchem, sondern bildet den Begriff des Rückgängigmachens. Alle Tage werden geschehene Dinge

rückgängig gemacht, ohne daß eine Rückwirkung darin läge, z. B. nach den Gesetzen zur Zeit der Stipulation unerlaubte oder anfechtbare Verkäufe. Umgekehrt kann eine Rückwirkung eintreten ohne jede Rückgängigmachung eines Thatsächlichen, wie z. B. wenn ein aus frühern Verhältnissen entspringendes Recht erst jetzt zur Ausübung kommen soll und hieran durch neue Gesetze gehindert wird. Die Rückgängigmachung ist also selbst nur unzulässig, insofern sie eine Rückwirkung in sich schließt. Soweit daher die Rückgängigmachung nicht mit der Rückwirkung zusammenfällt, hat sie mit unserer Materie überhaupt nichts zu thun. Und soweit sie mit dem Begriffe der Rückwirkung zusammenhängt, kann sich ihre Zulässigkeit oder Unzulässigkeit erst aus diesem Begriffe ergeben, zu dessen Entwickelung wir jetzt übergehen:

a) Kein Gesetz darf rückwirken, welches ein Individuum nur durch die Vermittelung seiner Willensactionen trifft;

b) Jedes Gesetz darf rückwirken, welches das Individuum ohne Dazwischenschiebung eines solchen freiwilligen Actes trifft; welches das Individuum also unmittelbar in seinen unwillkürlichen, allgemein-menschlischen oder natürlichen oder von der Gesellschaft ihm übertragenen Qualitäten trifft, oder es nur dadurch trifft, daß es die Gesellschaft selbst in ihren organischen Institutionen ändert.

Dieses Princip ist das allein richtige, denn es bewährt sich aus dem Begriffe der Nichtrückwirkung selbst. Welches ist dieser Begriff? Gesetze stellen einen geistigen Inhalt, neue Gesetze einen neu erlangten und von der Gesellschaft sogar für obligatorisch erklärten Vernunftinhalt dar. Wie ein neu entzündetes Licht seine Helle auf alles, auch das vorher Dunkle verbreitet, so wirkt jede neu erlangte Intelligenz des Individuums auf alle noch so sehr vergangene Objecte der Beurtheilung zurück. Wenn es also schon bei der Intelligenz des Individuums der Fall ist und sein muß, daß es nach der präsenten Natur seines Bewußtseins auch das der Zeit nach noch so viel Frühere beurtheilt, warum sollte dies im Recht, warum sollte es gerade in Bezug auf die allgemeine Intelligenz der Gesellschaft, in Bezug auf den von ihr selbst sogar für obligatorisch erklärten Vernunftgehalt

nicht der Fall sein, zumal ja in dem Begriffe des Gesetzes die Forderung der sofortigen und unmittelbaren Anwendung, der unbedingten normbildenden Geltung für alles Bewußtsein liegt?

Die Rückwirkung könnte somit zunächst erscheinen als die ebenso natürliche wie nothwendige Folge der gegenwärtigen Natur des Denkens und Bewußtseins, vor dessen geistigen Strahlen kein Gegenstand sich verschließen oder das Recht beanspruchen kann, sich in seinem frühern Lichte und seiner vorigen Gestalt gegen es zu behaupten. [1])

Man hat sich niemals bei der Behandlung dieser Materie den Begriff der Rückwirkung zur Klarheit gebracht, und davon waren dann die bei der positiven Behandlung entspringenden Irrthümer die unvermeidliche Folge.

Der Begriff der Rückwirkung ist nämlich kein anderer als der — eines Eingriffs in die Freiheit und Zurechnungsfähigkeit des Menschen.

Nur darum ist Rückwirkung unstatthaft. — In der Gesellschaft ist und soll der Mensch frei sein; selbst noch der Verbrecher wird in und bei der Strafe als ein freies und freiwilliges Wesen betrachtet; denn er wußte, welche Strafe auf sein Verbrechen gesetzt war, und wenn er dasselbe dennoch beging, so hat er freiwählend sich diesen ihm bekannten Folgen unterworfen. Weiß er die Bedeutung und Folgen seiner That nicht, so spricht ihn das Gesetz selbst als unzurechnungsfähig frei. Die Rückwirkung darf also nicht stattfinden, weil sonst das Individuum dem Gesetzgeber und Richter sagen kann: Hätte das Gesetz damals auf meine That diese Folgen gesetzt, so hätte ich die That nicht begangen; denn ich war frei, sie zu lassen und zu thun. Verurtheilt man ihn trotz dieses Einwandes, so kann man ihm diese Verurtheilung nicht mehr als Folge seines freien Wählens, seines freibewußten Willens hinstellen, sondern es ist ihm eine hinterlistige und positive Gewalt angethan wor-

---

1) Und dies ist so wahr, daß deshalb, wie wir sehr bald zeigen werden, die bei weitem längste Periode der Menschheits- und Rechtsgeschichte unter der vollständigen und als ganz natürlich betrachteten Herrschaft des Rückwirkungsprincips stand. Der Nichtrückwirkungsgedanke ist erst ein spätes Product des historischen Geistes.

den. Durchaus ebenso verhält es sich im Privatrecht. Denn dieses ist überhaupt nichts anderes als die Realisation der Willensfreiheit des Individuums. Wird also durch ein späteres Gesetz rückwirkend die freiwillige Handlung eines Individuums getroffen, so ist ihm sein Wille entstellt und in einen andern umgewandelt worden, weshalb ein französischer Rechtslehrer (Toullier) mit einem glücklich gewählten Ausdruck die Retroactivität eine „den Individuen vom Gesetzgeber gestellte Falle" (un piège tendu aux individus par le législateur) nennen kann. So weit auch die Macht des Gesetzgebers reichen mag, so weit reicht sie niemals, zu bewirken, daß ein Individuum etwas anderes wollte, als es gewollt hat. Ein solches rückwirkendes Gesetz bringt also ex post hervor, daß das Individuum ein anderes gewollt und ein anderes gethan[1]) hat, d. h. es thut dem Individuum Gewalt an und verstößt somit von Grund aus gegen den Begriff des gesammten Rechts, der nur darin besteht, gerade die Realisation der Willensfreiheit zu sein. Ein solches Gesetz ist daher kein Gesetz, denn es ist das absolute Unrecht, die Aufhebung des Rechtsbegriffs überhaupt. Es ergibt sich hier auf das deutlichste die so oft behauptete und dann wieder mit Unrecht geleugnete naturrechtliche Gültigkeit des Nichtrückwirkungsgrundsatzes und dessen, was aus ihm folgt. Ein rückwirkendes Gesetz hebt das Wollen des Individuums auf. Der Wille ist aber eine naturrechtliche Fähigkeit, und das positive Recht vielmehr nur die gesicherte Sphäre und das gegliederte Reich seiner freien Ausführung. Ebenso aber wie der freie Wille wird auch das Wissen und Denken des Individuums durch ein solches Gesetz geleugnet und aufgehoben. Hegel (Rechtsphilosophie, S. 33) sagt bereits sehr richtig: „Was den Zusammenhang des Willens mit dem Denken betrifft, so ist darüber Folgendes zu bemerken. Der Geist ist das Denken überhaupt, und der Mensch unterscheidet sich vom Thiere durch das Denken. Aber man muß sich nicht vorstellen, daß der Mensch einerseits denkend, andererseits wollend sei, und daß er in der

1) Diese Entstellung ist es, welche durch das *calumniare* treffend bezeichnet wird in dem Gesetz des Anastas, s. oben S. 8; vgl. im Codex Theodosianus die L. 3 de constit. princ.: Omnia constituta *non praeteritis calumniam faciunt,* sed futuris regulam imponunt, und Jac. Gothofred. in h. l.

einen Tasche das Denken, in der andern das Wollen habe, denn dies wäre eine leere Vorstellung. Der Unterschied zwischen Denken und Willen ist nur der zwischen dem theoretischen und praktischen Verhalten, aber es sind nicht etwa zwei Vermögen, sondern der Wille ist eine besondere Weise des Denkens: das Denken als sich übersetzend ins Dasein, als Trieb sich Dasein zu geben. — Das Theoretische ist wesentlich im Praktischen enthalten; es geht gegen die Vorstellung, daß beide getrennt sind, denn man kann keinen Willen haben ohne Intelligenz. Im Gegentheil der Wille bestimmt sich, diese Bestimmung ist zunächst ein Inneres; was ich will, stelle ich mir vor. — Diese Unterschiede sind also untrennbar, sie sind Eines und Dasselbe, und in jeder Thätigkeit, sowol des Denkens als Wollens, finden sich beide Momente."

Weil also das Gewollte nothwendig ein Gedachtes voraussetzt, das Wollen auf einem Denken beruht, so wird durch ein rückwirkendes Gesetz auch das Denken und Wissen des Individuums gewaltsam denaturirt und in ein anderes umgewandelt. Die freieste Selbstbestimmung, das nur in der eigensten Spontaneität des Individuums beruhende Denken und Wollen, somit der Geist selbst, wird durch die Rückwirkung als eine passive und von außen bestimmbare willenlose Sache gesetzt, und als solche behandelt. Dies ist aber, wie bereits bemerkt, das absolute Unrecht, und darum kann Benjamin Constant und die französische Déclaration des droits (s. oben S. 3 und 6) mit Recht ausrufen, die Rückwirkung des Gesetzes sei ein Verbrechen. Justinian hebt daher mehrmals sehr richtig in den Aeußerungen über die Rückwirkung, mit denen er so viele seiner Gesetze begleitet, das derselben entgegenstehende Moment des mit dem Wollen identischen Wissens oder Denkens hervor. So z. B. „Illis (legibus) enim credentes et ita contrahentes nullus culpabit, quare non futurum *sciverunt*" [1]), oder es könne nicht verlangt werden, „ut in monasterio illa faciant quae prius *ignorata* divina nostra constitutione innovata sunt". [2])

1) Nov. 22, cap. 1 de nuptiis.
2) Nov. 76, cap. 5.

Da nun die Freiheit des Denkens und Wollens unantastbare Grundbestimmungen sind, auf denen alles Recht überhaupt beruht, und durchaus da nicht mehr von Recht die Rede sein kann, wo vielmehr die Rechtsidee selbst und in ihrer Wurzel aufgehoben wird, so ergibt sich hieraus mit Gewißheit, daß es durchaus nicht in der rechtlichen Befugniß des Gesetzgebers stehen kann, eine solche Rückwirkung eintreten zu lassen, und daß seine Absicht, wie deutlich und in wie starken Worten sie ausgesprochen sei, hierin nichts zu ändern vermag.[1]) Dies ist der Sinn, in welchem die früher bezogenen Constitutionen (s. oben S. 6 fg.) den Grundsatz der Nichtrückwirkung sicher stellen. Doch bedarf es keiner Constitution, um zu wissen, daß es keinem Gesetzgeber zusteht — es muß an diesen Ausdruck erinnert werden, weil er allein den bestimmten Begriff des Gegenstandes in sich enthält — die menschliche Willensfreiheit und Zurechnungsfähigkeit aufzuheben und den Geist als Sache zu setzen.[2])

---

1) Auf das stärkste drückt dies Mirabeau in seinem Ausruf in der Sitzung der Constituante vom 21. Nov. 1790 aus: „*Nulle puissance humaine ni surhumaine* ne peut legitimer un effet rétroactif. J'ai demandé la parole pour faire cette profession de foi."

2) Mindestens würden wir den Richter bedauern, der dies erst aus einer Staatsconstitution statt aus den Constitutionen des Rechts lernen müßte und der daher Bedenken trüge, selbst einem unzweifelhaft rückwirkenden Gesetze, z. B. einem solchen, welches früher gültige Verträge wegen späterer Formvorschriften vernichten oder frühere Handlungen bestrafen will u. s. w., die Anwendung zu versagen. Jedenfalls müßte er in das Urtheil setzen „von Gewalts wegen" statt „von Rechts wegen". Es gilt hier auf das stärkste, was Donellus, Comment. Juris civ., lib. I, c. XII (p. 45 ed. Hanoviae 1612), über die Verletzung des jus naturale überhaupt sagt: „Ac quae hinc jura sint (nämlich naturalia) si quis mutare conetur jure civili, nihil aliud efficiat, nisi ut jus quod statuit, sic adversus rectam rationem, id est, injustum et iniquum, ut omne jus naturale est aequum et bonum. *Nihil autem jus quod sit iniquum.*" Bartolus, der größte Rechtsgelehrte des 14. Jahrhunderts, den seine bewundernden Zeitgenossen lucerna oder fax juris, dux jurisconsultorum etc. nannten, spricht sich, bestimmter und näher auf unsere Materie eingehend, darüber aus, Comment. ad lib. I. ff. ad L. 9 omnes populi, No. 24 (fol. 30, ed. Basil. 1589). Er stellt die freilich nicht scharf genug begrenzte Behauptung auf, daß, wenn eine gesetzliche Verfügung das jus naturale nicht blos modificire, sondern geradezu aufhebe (tollendo in totum), es keine Gültigkeit habe, und geht dann

Es folgt jedoch aus der angegebenen Begriffsbestimmung von selbst, daß das Individuum diesen Einwand stets nur da erheben kann, wo es eine freiwillige Handlung, eine individuelle Willensaction ist, welche durch ein späteres Gesetz vernichtet oder entstellt werden soll (s. hierbei §. 2).

---

zu Beispielen über (No. 24, fol. 32). „Dicit statutum quod qui per 10 annos debitum suum non petierit, cadat a jure suo. Certe statutum non valet, quia *nec lex Imperialis quae hoc diceret valeret.* Sed si statutum diceret, quod contractus seu instrumentum fictitium praesumat, tunc valeret.“ Und im Verlauf kommt er ausdrücklich auf die Frage, ob unter demselben Gesichtspunkt ein Statut auch auf das Vergangene bezogen werden könne. Hier unterscheidet er zunächst, ob das Statut die Beziehung ad praeterita ausdrücklich verordne, oder das Gegentheil verordne, oder ganz hierüber schweige. Und nun, gerade den ersten Fall der ausdrücklich vom Gesetz verhängten Rückwirkung untersuchend, sagt er: „Circa primum videtur quod talis adjectio, sc. quod habeat locum in praeteritis, valeat. — Econtra, quod non valeat . . . *Distingue:* Aut quaeris de praeteritis decisis seu finitis, et ad praedicta statutum novum bene potest porrigi confirmando . . . sed infirmando vel aliter disponendo ad praedicta *non porrigitur, etiamsi expresse caveretur.* Aut sunt negotia praeterita pendentia . . . et *ad ea non porrigunt etiamsi expresse caveatur.*“ Man sieht, die alten großen Doctoren des Römischen Rechts im Mittelalter, wie große Servilität man ihnen auch in der Regel vorzuwerfen pflegt und vorwerfen kann, sind sich hierüber in thesi nicht zweifelhaft gewesen, und es stellt einen unerfreulichen Rückschritt des Rechtssinns gegen das Mittelalter dar, wenn unsere modernen Autoren fast allgemein — v. Savigny sogar im Widerspruch mit dem principiellen Gehalt seiner eigenen Theorie — alles in dieser Materie von der beliebigen Absicht des Gesetzgebers abhängen lassen.

Die Franzosen sind darin von einer größern Unabhängigkeit der Rechtsgesinnung geblieben. Die Ansicht Mirabeau's ist soeben, diejenige von Berriard St.-Prix, Benjamin Constant u. a. oben S. 3 fg. angeführt worden. Merlin sagt (Répert. de Jurisp., v°: Eff. rétroact., Sect. III, §. II, art. 1) darüber bei Gelegenheit der Erörterung über die einmal erworbene Indigenatseigenschaft: „Le législateur *ne pourrait pas la détruire expressément* quand il serait possible, qu'il fût assez insensé *pour le vouloir*“, obgleich er sich an andern Stellen im entgegengesetzten Sinne ausdrückt.

Unserer Ansicht hierüber zu sein und auch mit der im Text gegebenen Begründung derselben übereinzustimmen scheint Böcking in den Worten (Pandekten des röm. Privatrechts, I, 317): „Sehr übel bezeichnen die Neuern diesen Grundsatz (der Nichtrückwirkung) als eine bloße Regel und stellen als Ausnahmen hin, was nur Anwendungen derselben sind. So soll das Gesetz rückwirkende Kraft haben, «wenn es sich selbst solche beilege»; ein solches Gesetz wäre absolutes Unrecht.“

Rechte dagegen, mit welchen das Gesetz als solches, ohne Vermittelung des individuellen Willens, das Individuum befaßt, sind nichts als allgemeine Qualitäten und Befugnisse, die nur auf Grund des sie verleihenden Gesetzes da sind und also mit ihm fließen und verschwinden.

Das Gesetz ist der Ausdruck des Rechtsbewußtseins des ganzen Volkes. Alles gesetzliche Recht als solches — alles Sein des Individuums — ist somit nur eine durch den in stetem Wandel begriffenen allgemeinen Geist gesetzte Bestimmtheit, sodaß jede neue aus ihm fließende Bestimmtheit das Individuum unverzüglich mit demselben Rechte ergreift, mit welchem es von der frühern befaßt wurde. Fest kann für das Individuum nur sein, was es sich aus diesem Strome durch sein eigenes Thun und Wollen in rechtmäßiger Weise einmal abgeleitet, was es verseinigt hat! Jedes Gesetz also, welches nicht frühere individuelle Willensactionen trifft, und insoweit es diese nicht trifft, muß seiner Natur nach augenblicklich eingreifen. Es ergibt sich aber schon hier, daß dabei von einer Rückwirkung gar nicht die Rede sein kann. Denn eine solche würde blos vorliegen, wo auf Früheres vor der Zeit des Gesetzes ein Einfluß ausgeübt werden soll. Wenn aber alle frühern Willensactionen unberührt bleiben, so stellt das sofortige Platzgreifen des Gesetzes auf die Rechte des Individuums von selbst nur ein augenblickliches Einwirken — welches in der Natur und Bestimmung des Gesetzes liegt —, kein Rückwirken dar.

Vergleicht man das Gesagte mit der bekannten Formel, daß erworbene Rechte von neuen Gesetzen unberührt bleiben müssen, so ergibt sich, daß diese Formel nur dann richtig ist, wenn man unter erworbenen Rechten schlechthin nur solche versteht, die durch individuelle Willensactionen erworben worden sind. Oder es ergibt sich hier, mit dem Vorigen gänzlich zusammenfallend, als der Begriff der erworbenen Rechte, daß nur solche Rechte erworbene sind, welche durch eine individuelle Willenshandlung des Individuums mit ihm vermittelt und von ihm verseinigt worden sind. Dieser Begriff enthält an sich die ganze Theorie der erworbenen Rechte in sich; aber nur an sich; denn seinen versteckten Umfang — versteckt durch den täuschenden Schein des Sinnlichen — kann er erst im §. 2,

und seine ebenso durch den sinnlichen Schein versteckten begrifflichen Grenzen erst in den §§. 6 und 7 fg. entfalten und somit erst durch beides sich zur Theorie und zum System der erworbenen Rechte vollenden.

Einstweilen bestätigt übrigens schon der Sprachgebrauch, daß die Formel: „erworbene Rechte müssen von neuen Gesetzen unberührt bleiben", für die Richtigkeit des von uns entwickelten Begriffs der Nichtrückwirkung zeugt. Denn mindestens dem Sprachgebrauche nach, wäre es nicht zweifelhaft, daß bei Rechten, welche dem Individuum durch die bloße Declaration des Gesetzes aufgedrückt sind, nicht von einem Erworbensein die Rede sein kann, welches stets eine individuelle Thätigkeit voraussetzt.

Wir haben gesagt, daß der Gedanke der Nichtrückwirkung auf nichts anderm beruht als lediglich auf dem Begriff der subjectiven Freiheit des Geistes.

Soll dies wahr sein, so muß sich sofort eine viele Jahrtausende umfassende empirische Gegenprobe dafür erbringen lassen.

Wer nämlich nur einigermaßen vertraut ist mit der Philosophie, weiß aus ihr, daß Asien das Land ist, wo das Subject noch nicht vorhanden, d. h. das Princip der subjectiven Freiheit des Geistes noch nicht aufgegangen und zum Bewußtsein gekommen ist.

Beruht nun wirklich, wie wir behaupten, die Nichtrückwirkung lediglich in dem Begriff des Subjects und seiner Freiheit, so müßte hiernach, da derselbe in Asien noch nicht da ist, statt der uns als naturrechtlich erscheinenden Nichtrückwirkung, dort absolute Rückwirkung als die ebenso naturwüchsige wie unanstößige Regel des Rechts erscheinen und die gesammte Geschichte Asiens beherrschen.

So würde die apriorische Consequenzenmacherei des speculativen Gedankens lauten!

Sehen wir nun, wie sich dies empirisch verhält.

In dem Ta Tsing Leu Lee, dem gegenwärtig in China bestehenden allgemeinen Gesetzbuch, welches von der ganz neuen Mantschudynastie im 17. Jahrhundert publicirt wurde[1]), heißt

---

1) Ta Tsing Leu Lee, being the fundamental Laws and a selection

es in der über die allgemeinen Strafgesetze handelnden ersten Abtheilung des ersten Buchs in der Sect. XLIII (p. 43 ed. Staunton), welche die Ueberschrift führt: Execution of New Laws, also: „All laws, characterised as, and intended to become fundamental, shall in general take effect and be in full force from the day on which they are published, *and every transaction* shall be adjudged according *to the most recent laws, although such transaction should have occurred previous to their promulgation.*"

Es wird hier also ganz allgemein und ausdrücklich für alle jetzigen und alle zukünftig zu erlassenden Gesetze, und zwar in einem Strafgesetzbuch [1]), als Princip aufgestellt, daß immer nur die allerneuesten Gesetze anzuwenden seien, gleichviel — wie ausdrücklich hinzugefügt wird — ob die Handlung vor ihrer Verkündigung vorgefallen sei oder nicht.

Interessant ist hierbei, wie gerade in dieser ausdrücklichen Beantwortung hervortritt, wie der Reflexion des chinesischen Geistes der Unterschied und die Frage, die sich hierbei aufwerfen läßt, wol zum Bewußtsein gekommen ist. Es stimmt dies überein mit dem, was wir sonst über die Reflexionsbildung des chinesischen Geistes, durch welche er sich in ganz Asien auszeichnet, wissen. Aber wenn die Frage seinem gebildeten Verstande zum Bewußtsein gekommen ist, so ist doch ihre Beantwortung seinem Geiste nicht zweifelhaft! Die Intelligenz der chinesischen Kaiser, der Gedanke in Asien überhaupt, ist eine solche, wie wir im Eingang sagten, sich neu ergießende Offenbarung, in deren Strahlen sich nun alles Existirende, und daher auch alle frühern Verhältnisse, als in dem ihm wahrhaft zukommenden Lichte aufzeigt und enthüllt.

Und soweit von rein thatsächlichen Verhältnissen die Rede ist — mit vollem Recht! Mit vollem Recht wird von dem

---

from the supplementary statutes of the Penal Code of China, translated by Sir G. Th. Staunton (London 1810).

1) Man weiß, daß überhaupt in China kein Unterschied zwischen dem Strafrecht und Civilrecht festgehalten wird. Alle civilrechtlichen Vorschriften sind ebenso gut wie Raub, Diebstahl u. s. w. mit Strafen (so und so viel Bambusschlägen u. s. w.) belegt.

chinesischen Gesetzbuch die Umänderung des Seienden als eine nothwendige Folge des Grundsatzes, daß die Gesetze vom Tage ihrer Verkündung ab Kraft haben und also das Seiende und seine Beurtheilung normiren sollen, gedacht und ausgesprochen. Mit Unrecht pflegen unsere Juristen zu übersehen, wie dieser Grundsatz, der bei uns gewöhnlich (s. z. B. den Code civil) den ersten Artikel der Gesetzbücher bildet, in der That diese Folge haben muß, wie dieses Princip also, für sich allein genommen, alles ohne Ausnahme in dem Lichte der neuen Manifestation des allgemeinen Bewußtseins aufzeigen würde. [1])

---

1) So entwickelt z. B. der neueste gemeinrechtliche Autor, der über diese Frage geschrieben, v. Scheuerl (s. oben S. 28), das Princip der Nichtrückwirkung folgendermaßen: „Der Grund, auf welchem die Nothwendigkeit und Vernünftigkeit des Rechtsgrundsatzes beruht, daß neue Rechtsregeln keine rückwirkende Kraft haben, ist nach meiner Ansicht folgender. Jede Rechtsregel wirkt auf alle die thatsächlichen Verhältnisse, auf welche sie ihrem Inhalte nach sich bezieht, durch ihr bloßes Dasein bestimmend ein, ohne daß es dazu der richterlichen Anwendung der Regel auf das Factum bedarf. Es ist nicht die Aufgabe des Richters, die factischen Verhältnisse nach der Rechtsregel zu gestalten, sondern nur zu erkennen und auszusprechen, wie sie kraft der Rechtsregel sich gestaltet haben.“ Und deswegen sei es gleichgültig, ob, wenn einmal „ein gewisses factisches Verhältniß unter dem Einflusse einer Rechtsregel eine bestimmte rechtliche Gestalt gewonnen“, der Richter noch unter derselben Rechtsregel oder unter einer neuen andern darüber urtheile. Scheuerl übersieht, daß freilich niemand behaupten wird, es sei die Aufgabe des Richters, factische Verhältnisse nach der Rechtsregel zu gestalten, daß aber ganz so wie er sagt, daß die Rechtsregeln „auf alle die thatsächlichen Verhältnisse, auf welche sie sich nach ihrem Inhalt beziehen, durch ihr bloßes Dasein bestimmend einwirken“, auch jedes neue Gesetz wieder bestimmend und umgestaltend einwirkt, daß zu dieser Umgestaltung des objectiven Daseins das neue Gesetz eben erlassen wird und dies eben die Bedeutung des Grundsatzes ist, das Gesetz tritt in Kraft vom Tage seiner Verkündung ab. Ist z. B. eine Ehe unter einem sie für unauflöslich erklärenden Gesetz geschlossen, so ist dies ein „factisches Verhältniß“, welches „unter dem Einfluß einer Rechtsregel eine bestimmte rechtliche Gestalt gewonnen“ hat. Nichtsdestoweniger wird dieses so gestaltete factische Verhältniß umgestaltet durch das neue Gesetz, welches Ehen für auflöslich erklärt und hierdurch dies als ihre wahre an und für sich seiende Natur allen gleichviel wann geschlossenen und bisjetzt unauflöslichen Ehen vindicirt.

Und ganz besonders wird dies im Reich des germanischen Geistes der

Wenn in unsern Gesetzbüchern dann als zweiter Artikel derjenige der Nichtrückwirkung zu folgen pflegt, so ist dies ein den ersten einschränkender Ausfluß des im europäischen Geiste thätigen Begriffs des Subjects als des alleinigen Princips seines eigenen Wollens und Handelns und seiner als reines Sichselbstsetzen von allem objectiven Sein unabhängigen Natur. Indem dieser Begriff der freien Subjectivität und mit ihm der principielle Unterschied zwischen Sein und Handeln im asiatischen Geiste noch fehlt, kann es hier noch nicht zu dieser Einschränkung kommen, und der erste Grundsatz bleibt daher in seiner unbeschränkten, die Rückwirkung zum Princip erhebenden Wirksamkeit.

Nicht anders als in China verhält es sich in Indien. Zwar haben wir das so wichtige Werk von Colebrooke: A Digest of Hindu law etc. (London 1801) [1]), nicht erlangen können, in welchem allein ganz positive Beweise hierfür — die bei der Natur asiatischer Gesetzgebungen überhaupt nur sehr schwer und selten zu eruiren sind — sich hätten finden können. Aber schon die Gesetze des Menu lassen darüber keinen Zweifel. Wenn sie z. B. bestimmen, daß der Zeuge in einem Schuldproceß, wenn er auch die Wahrheit gesagt hat, falls ihm im Laufe von sieben Tagen nach seiner Deposition eine Krankheit, eine Feuersbrunst

---

Fall sein müssen, wo sich die Gesetze auch selbst auffassen, nicht als Zweckmäßigkeitsmaßregeln, um Nützlichkeit hervorzubringen, wie in jener Definition Plato's (S. 9 fg.), sondern als die Selbstrealisation des allgemeinen Bewußtseins, d. h. als die objective Manifestation der wahren und substantiellen Natur der geistigen Beziehungen. Das Gesetz soll für den germanischen Geist nicht mehr ein beliebiges Setzen von Rechten, sondern das Heraussetzen und Anerkennen des an sich Wahren und Rechten, die enthüllte Natur der Sache sein. Die germanischen Gesetze fassen sich nicht mehr (wie dies sogar in der Form deutlich genug hervortritt) als Befehle wie die römischen, sondern wesentlich als Definitionen auf.

Man sieht, daß man bei einer so grundsätzlich falschen Erfassung des Begriffs der Nichtrückwirkung, wie bisher üblich, nothwendig in den Consequenzen theils in Widersprüche mit sich selbst, theils in die positivsten Irrthümer sich verlieren mußte. Hier wie überall gilt es: in generalibus latet error!

1) Dasselbe ist auffälligerweise auch in der königl. Bibliothek zu Berlin nicht vorhanden.

oder der Tod eines Verwandten zustößt, die eingeklagte Schuld und außerdem noch eine Geldstrafe bezahlen soll [1]), so haben wir hier eine wahrhafte Rückwirkung durch eine Thatsache, und es ist dann kein Grund abzusehen, warum nicht ebenso gut und noch besser die Thatsache eines neuen Gesetzes sollte rückwirken können. Oder wenn sie sagen, daß, wenn ein Zeuge in einem Civilproceß falsches Zeugniß abgelegt hat, ein Viertheil der durch das Urtheil begangenen Ungerechtigkeit zurückfällt auf den falschen Zeugen, ein Viertheil auf die Civilpartei, der das Zeugniß zugute gekommen, ein Viertheil auf alle Richter und ein Viertheil auf den König [2]), — so spricht sich in alle diesem eine solche Abwesenheit einer jeden persönlichen Imputationstheorie aus, daß an der unbefangensten Gültigkeit, welche die Rückwirkung für den indischen Geist haben muß, gar nicht gezweifelt werden kann. Wie sollte dies aber auch anders sein? Der indische Geist unterscheidet ebenso wenig wie der asiatische Geist überhaupt Denken und Sein in seinem Begriffe, und es ist daher nur eine in der innersten Tiefe dieses Geistes begründete rechtliche Folgerung, daß er ebenso wenig zwischen Handlung und Zustand unterscheidet. Oder mit andern Worten und um an eine unsern Juristen geläufige Kategorie zu erinnern: wollte man aus dem tiefsten Innern des orientalischen Geistes heraus, aber unter Anwendung der bei unsern Juristen gebräuchlichen Bezeichnungen, eine Eintheilung der Gesetze geben, so würden, so parador dies klingen mag, die Gesetze über die Handlungen zu den Gesetzen über den Personenzustand gehören! [3])

---

1) Menu, VIII, 108; p. 266 ed. Deslongchamps (Paris 1833).

2) Menu, VIII, 18; p. 251.

3) Wer sich dies recht klar machen will, braucht z. B. nur nachzulesen, was über die religiöse Imputation — und im Orient fallen überdies die religiöse und rechtliche Sphäre noch zusammen — bei Köppen, Die Religion des Buddha, I, 283—301 (Berlin 1857), angegeben ist, und es in seinen einfachsten Consequenzen zu überdenken.

Innerhalb der religiösen Sphäre hat dieser Gedanke übrigens noch in Europa seine Geschichte gehabt; denn es liegt auf der Hand, daß das Dogma des heil. Augustinus vom Zustand der Gnade und sein Kampf gegen die Lehre des Pelagius auf nichts anderm als auf der Fortwirkung jenes altasiatischen Gedankens von der Identität der Handlung und des Personenzustandes beruht.

Ebenso positiv wie in China findet sich aber die Rückwirkung wieder bei demjenigen orientalischen Volke, welches sogar bereits den Uebergang zum abendländischen Geist bildet, bei den Juden. Bekanntlich waren bis zu Moses die Töchter von der Erbfolge — welche reine Intestaterbfolge war — auch beim Nichtvorhandensein von Söhnen ausgeschlossen.[1]) Es succedirten dann die Brüder des Verstorbenen u. s. f. Nun stirbt Zelaphedad ohne Söhne, und infolge dessen war das Eigenthum an seiner Hinterlassenschaft an seine Brüder übergegangen. Da aber treten die Töchter Zelaphedad's auf und verlangen damit betheilt zu werden [2]): „Warum soll denn unseres Vaters Name unter seinem Geschlecht untergehen, ob er auch keinen Sohn hat? Gebt uns auch ein Gut unter unseres Vaters Brüdern." Nichts ist naiver und lehrreicher für unsern Zweck, als die Weise, in welcher die mosaischen Urkunden fortfahren: „Mose brachte ihre Sache vor den Herrn. Und der Herr sprach zu ihm: Die Töchter Zelaphedad's haben recht geredet. Du sollst ihnen ein Erbgut unter ihres Vaters Brüdern geben und sollst ihres Vaters Erbe ihnen zuwenden. Und sage den Kindern Israel: Wenn jemand stirbt und hat nicht Söhne, so sollt ihr sein Erbe seiner Tochter zuwenden" u. s. w., worauf denn das neue Intestaterbfolgegesetz weiter entwickelt wird.

Der jüdische Gesetzgeber, Gott, beginnt also den Erlaß eines neuen Intestatgesetzes damit, daß er dasselbe auf einen bereits eingetretenen Fall anwendet und diese Anwendung als etwas ganz Selbstredendes und Ordnungsmäßiges ansieht. Zwar war das Erbe des Zelaphedad kraft des bestehenden Intestatrechtes bereits zum rechtmäßig erworbenen Eigenthum der Agnaten geworden, zwar würde man das heute als grellste Verletzung des Eigenthums und als Eingriff in erworbene Rechte bezeichnen; allein das existirt nicht für den jüdischen Gesetzgeber. Die Töchter Zelaphedad's haben „recht geredet", d. h. diese Intestatfolge entspricht dem gegenwärtigen Bewußtsein und wird daher auch auf den schon eingetretenen Fall angewendet, ohne daß hier auch nur der

1) Siehe 1. B. Mos., Kap. 14, 15, und Michaelis, Mosaisches Recht, II, 59.

2) 4. B. Mos., Kap. 4 fg.

geringste Zweifel über die Recht- und Regelmäßigkeit dieses als ganz selbstredend betrachteten Verfahrens ins Bewußtsein tritt.

Gott macht sich hier also, ohne auch nur eine Ahnung davon zu haben, einer flagranten Rückwirkung in Civilsachen schuldig!

Dafür war es aber auch noch ein orientalischer Gott, der noch keine Pandekten gehört und ebenso wenig an griechischer Kunst und Bildung sich geschult hatte; mit andern Worten: der Gott eines Volkes, welchem die Subjectivität des Geistes weder wie in Rom in der Rechtssubjectivität, noch wie in Hellas in der schönen Individualität zum Bewußtsein gekommen war, und für den daher auch die in der einmal ipso jure eingetretenen Erwerbung der Erbschaft liegende Handlung (s. §. 2 A.) von einem Verhältnisse des objectiven Seins keinen Unterschied machen konnte.

Das griechische Volk ist dasjenige, in welchem der Begriff der Subjectivität des Geistes, d. h. der Freiheitsbegriff, daß der Geist subjectives Selbstbestimmen und Selbsthervorbringung sei, zum ersten mal in der Weltgeschichte und in seiner ersten Form auftritt. Und darum sehen wir in streng geschlossener Bestätigung unserer Entwickelung hier zum ersten mal, und hier bereits als eine begriffliche Nothwendigkeit den Gedanken der Nichtrückwirkung heimisch, wie ihn uns Plato oben (S. 9) ausgesprochen und wie wir ihn ebenso im hellenischen Rechte thätig finden. [1])

Zugleich haben wir aber auch in dieser Entwickelung an diesem Einen großartigen Beispiel ein anderes allgemeines Verhält-

---

1) Cf. Demosth. advers. Eubulid., IV, 1330, ed. Dindorf: „τοῖς χρόνοις τοίνυν οὕτω φαίνεται γεγονὼς ὥστε, εἰ καὶ κατὰ θάτερα ἀστὸς ἦν, εἶναι πολίτην προσήκειν αὐτόν· γέγονε γὰρ πρὸ Εὐκλείδου." Nach dem unter dem Archonten Euklides von Aristophon eingebrachten Gesetz mußte man nämlich, um Bürger zu sein, von mütterlicher wie väterlicher Seite von bürgerlicher Abkunft sein. Nach seinem Wortlaut umfaßte das Gesetz zuerst auch solche, die vor der Amtsführung des Euklides geboren waren, wurde aber eben deshalb bald darauf dahin verbessert, daß es nur auf die nach seiner Magistratur Geborenen sich erstrecken sollte (siehe die Noten bei Dindorf, in l. l., VII, 1339, ed. Oxonii). Hierauf beziehen sich jene Worte: „denn er wurde vor dem Euklides geboren", und wir sehen also, wie die Nichtrückwirkung im attischen Recht auch im öffentlichen Recht sorgfältig gewahrt wird.

niß hervortreten sehen, welches von zu hoher begrifflicher Wichtigkeit und von zu gewaltigen Consequenzen ist, als daß wir nicht hier seiner Hervorhebung wenn auch nur einige wenige Worte widmen sollten.

Wir meinen das wahrhafte Verhältniß des Naturrechts zum positiven oder historischen Recht, welches bisher allgemein und ebenso sehr auch in der Hegel'schen Schule noch irrig und durchaus unerschöpfend aufgefaßt wurde.

Wir haben oben selbst hervorgehoben und nachgewiesen, daß die Nichtrückwirkung naturrechtlich sei. Wenn aber bisher vom Naturrecht die Rede war, so wurde dies stets als ein seit ewig und allgemein gültiges, als ein vernunftgültiges gefaßt, welches zum positiven oder historischen Recht im Verhältniß eines allgemeinen Gedankenkerns zu seiner Ausführung, oder, wie Hegel selbst sich ausdrückt, wie im Verhältniß der Institutionen zu den Pandekten stehend gedacht wurde. Hieraus ergibt sich, daß das Naturrecht zwar im positiven oder historischen Recht als in ihm waltend gewußt wurde, daß aber die Versöhnung noch einseitig und unerschöpfend war, indem das Naturrecht seinerseits nicht als historisches Recht, nicht als von historischer Natur aufgefaßt wurde. — Da das Naturrecht nicht als historischer Natur gedacht wurde, sondern als jener seit ewig und allgemein gültiger Gedankenkern, ergab sich daraus zweitens, daß die Kategorien der Rechtsphilosophie als ewige und absolute Kategorien, d. h. als Kategorien des logischen Begriffs gedacht und die Rechtsphilosophie von Hegel selbst in dieser Form geschrieben wurde. Es ergab sich drittens daraus, daß das historische Recht, wo es dem Naturrecht nicht entsprach oder widersprach, nicht aus dem innern Wesen des Geistes und seiner begrifflichen Tiefe, sondern aus zufälligen und besondern Umständen und Zweckmäßigkeitsgründen oder resp. aus Willkür und Unvernunft oder Gewalt herzufließen schien und als rein Positives stehen blieb. Und endlich ergab sich hieraus besonders ferner, daß wo das historische Recht in verschiedener Weise das Naturrecht zu verwirklichen schien, diese Verschiedenheiten als gleichgültige oder doch nebeneinander bestehende Besonderheiten desselben Gedankens liegen blieben, wobei der sie zu einem qualitativ-Andern machende, durch

sie hindurchgehende Unterschied des historischen Geistes ganz übersehen wurde.

Bei dieser Stellung von Rechtsphilosophie und historischem Recht zueinander konnte es dann freilich nur dazu kommen, daß beide die Arme verlangend nacheinander ausstreckten, oder höchstens zu einer eingebildeten, nicht wirklichen Umarmung. Eine ganz andere Stellung des Naturrechts zum historischen Recht hat sich uns aus dem obigen Beispiel ergeben.

Wir haben gesehen, daß die Nichtrückwirkung naturrechtlich ist. Aber wir haben ebenso gesehen, daß in der gesammten vorgriechischen Geschichte Rückwirkung besteht, und nicht positiv oder blos historisch, durch die besondere Verordnung eines Kaisers u. s. w., sondern mit immanenter Nothwendigkeit aus dem Begriff des asiatischen Geistes herfließend, also ihrerseits naturrechtlich. Wie ist das nun zu verstehen? Gibt es zwei Naturrechte? Die Auflösung ist ebenso einfach und liegt bereits in dem Vorigen. Das Naturrecht ist selbst historisches Recht, ist eine Kategorie von historischer Natur und Entwickelung, und muß es sein, denn der Geist selbst ist nur ein Werden in der Historie.[1]) Es erhellt hieraus, daß, was

1) Es folgt also aus dem Obigen von selbst, daß die Rechtsphilosophie gar nicht in der Form geschrieben werden kann, in der sie Hegel und seine Nachfolger geschrieben haben, in der Form logischer Kategorien des Begriffs. In dieser Form kann nur die Logik und die Naturphilosophie entwickelt werden. Jede historische Wissenschaft aber, und darum auch das Recht, hat es nicht mit logischen unveränderlichen Begriffen, sondern mit Kategorien des historischen Geistes und darum überall mit historischen Begriffen zu thun. Sie wird also gar nicht behandeln können: das Eigenthum, den Vertrag, das Unrecht, die Familie, das Erbrecht, die bürgerliche Gesellschaft, die Corporation, den Staat u. s. w., was alles abstracte und unwirkliche Allgemeinheiten sind, sondern sie wird aus dem historischen Begriff des griechischen, des römischen, des germanischen Geistes u. s. w. den Begriff des griechischen, des römischen, des germanischen Eigenthums, des griechischen, des römischen, des germanischen Staats u. s. w. entwickeln müssen, wobei sich zeigen würde, daß manche von diesen scheinbar logischen Kategorien nicht nur, was bei allen der Fall, stets einen ganz andern geistigen Inhalt haben, sondern sogar in ihrer formellen Existenz überhaupt nur Product eines bestimmten historischen Geistesbegriffs sind und mit diesem kommen und verschwinden, z. B. die bürgerliche Gesellschaft, die Corporation u. s. w. Und auch nicht bei einer solchen

bisher als blos positives und historisches Recht liegen gelassen wurde, vielmehr als nothwendiger Ausfluß des Begriffs des

---

Allgemeinheit, wie der germanische Geist überhaupt, dürfte stehen geblieben, sondern hier müßte wieder auf die Unterschiede des historischen Begriffs in den verschiedenen Geistesperioden desselben eingegangen und hieraus die verschiedene Gestaltung und die Umänderungen der Institute seines Privat- und öffentlichen Rechts abgeleitet werden. Es müßte also die Rechtsphilosophie ähnlich, wenn auch noch genauer eingehend, entwickelt werden, wie Hegel selbst die Religionsphilosophie geschrieben hat. Man wäre in der Religionsphilosophie ebenso wenig vorwärts gekommen, wenn Hegel nur über den Gott, das Dogma, das Jenseits geschrieben hätte. Hier entwickelte er vielmehr bestimmt den jüdischen, ägyptischen, römischen, christlichen Gott u. s. w., d. h. das Gottesbewußtsein der Völker in der Bestimmtheit ihres historischen Geistes. Wenn aber die Religionsphilosophie nur ist die Entwickelung des Gottesbewußtseins, so ist die Rechtsphilosophie nur die Entwickelung des Rechtsbewußtseins der Völker. Man kann somit sagen, wie dies übrigens bereits in tieferer Weise aus dem Obigen folgt, daß die Rechtsphilosophie bei Hegel eine seinen eigenen Principien und seinem eigenen System widersprechende Gestalt erhalten hat — und natürlich von seinen Nachfolgern mumienartig darin bewahrt worden ist! Der Unterschied zwischen der Rechts- und Religionsphilosophie bei Hegel mag daher rühren, daß die Kategorien des Rechts, Eigenthum, Vertrag u. s. w. eine vom historischen Volks- und Zeitgeiste unabhängige Identität durch alle Zeiten hindurch zu bewahren scheinen. Aber das ist eben nur ein Schein, der nur entsteht, so lange man im abstract-Allgemeinen stehen bleibt, und verschwindet, wenn man auf die jederzeitige Bestimmtheit dieser Rechtsinstitute eingeht. — Daß nun trotz des hier Gesagten auch das Identische in dem allgemeinen **formellen** Wesen der Rechtskategorien (Eigenthum, Vertrag u. s. w.), was aber als ein bloßes Ansich aufzufassen ist, nicht übersehen zu werden braucht, kann gleichfalls schon aus dem Vergleich mit der Hegel'schen Religionsphilosophie hervorgehen, in welcher ja gleichfalls das allgemeine Wesen der Religionen als ein allen Religionen zu Grunde liegendes Ansich gewahrt worden ist. Das begriffliche Verhältniß dieser Form der Rechtskategorien zu den Begriffen des historischen Geistes, die erst das wirkliche Recht, und den Inhalt jener formellen Kategorien daher immer als einen begrifflich-verschiedenen, erzeugen, könnte streng und systematisch nur in einem neuen „System der Philosophie des Geistes" nachgewiesen werden.

An sich bildet einen Versuch, in obiger Hinsicht über Hegel hinauszugehen, Gans' „Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwickelung", denn hier ist nun wirklich mit dem chinesischen, indischen u. s. w. Erbrecht angefangen und auch versucht worden, dies mit jedem Volksgeiste in einen Zusammenhang zu bringen. Aber es ist nur an sich über Hegel hinausgegangen, oder der Versuch ist verfehlt; denn der heutige Begriff des

Geistes auf der bestimmten Stufe seiner innern Entwickelung, oder als Ausfluß des historischen Geistes begriffen werden muß, woraus sich dann auch die angeblichen bloßen Verschiedenheiten der Ausführung, welche das historische Recht demselben naturrechtlichen Gedanken, derselben Rechtskategorie, zu geben scheint, vielmehr als das Dasein schlechthin verschiedener und entgegengesetzter Begriffe des historischen Geistes ergeben, so erst die Hülle ihrer gleichgültigen positiven Verschiedenheit abstreifen und ihren wahrhaften Begriffsinhalt hervortreten lassen.

Erst bei dieser Auffassung bleiben Naturrecht und positives oder historisches Recht nicht in schattenhafter Entfernung voneinander, behalten nichts Apartes gegeneinander, sondern durchdringen sich wahrhaft.

Kehren wir von dieser Andeutung, die ohnehin hier nicht klarer gelegt werden kann [1]), zu dem von uns entwickelten Princip über die Rückwirkung zurück. Wir haben seine philosophische Begründung gegeben, und es ist jetzt zunächst ein Blick auf den großen Umfang der Rechtsfragen zu werfen, welche durch dieses oberste Princip bereits ihre Entscheidung empfangen. Ein Gesetz, welches die Personencapacität ändert oder sie einer Klasse von

---

„Erbrechts“ ist wieder als eine solche logische allgemeine Kategorie aufgefaßt und von vornherein mitgebracht, und in diesem identischen Begriff nur die Verschiedenheit seiner stofflichen Rechtsausführung in einem gewissen Zusammenhange mit dem besondern Volke nachzuweisen versucht worden. Aber davon, daß der Erbbegriff selbst im Proceß des historischen Geistes ein anderer wird und ein anderer werden muß, daß dem, was wir unter „Erbrecht“ zusammenfassen, stets ganz andere historische Geistesbegriffe zu Grunde liegen — davon hat auch Gans keine Ahnung, und verfehlt daher auch wieder nothwendig gänzlich den Geist des historischen Rechts (des römischen Erbrechts), wie wir dies alles im zweiten Bande in der gesammten Darstellung des Erbrechts nachweisen und dort erst zum wirklichen Verständniß werden bringen können.

1) Wohl aber werden wir im gesammten Verlaufe dieses Werks, wo dies ohne zu große Weitläufigkeit geschehen kann, im concreten Stoffe selbst dies nachzuweisen suchen, wie das angeblich rein Positive und Historische nur nothwendiger Ausfluß des jederzeitigen historischen Geistesbegriffs ist. Das großartigste Beispiel hiervon, das wir treffen werden, wird die gesammte Darstellung des Erbrechts im zweiten Bande sein.

Personen entzieht, ändert also augenblicklich die Fähigkeit aller Personen und entzieht sie sofort allen denen, welche sie bisher bereits hatten, nach dem neuen Gesetz aber nicht besitzen. Aber die auf Grund dieser Fähigkeit bereits vorgenommenen individuellen Handlungen bleiben gültig bestehen und können durch das neue Gesetz nicht mehr vernichtet werden.

Wenn also ein Gesetz das zur Volljährigkeit erforderliche Alter, wo es bisher auf 21 Jahre bestimmt ist, auf 25 Jahre fixirt, so ist dadurch mit Recht allen auch vierundzwanzigjährigen und also nach dem bisherigen Gesetze schon majorennen Personen die hieran geknüpfte bereits vorhandene Handlungsfähigkeit wieder entzogen. Ein solches Individuum wird sich in nichts, weder über Gesetzgeber noch Richter beschweren können, da weder Alter noch Majorität ein Act seines Willens ist. Das Alter selbst ist eine natürliche Eigenschaft und nichts durch den Willen Hervorgebrachtes. Und ebenso ist die Bestimmung desjenigen Alters, das zur Majorennität erforderlich sein soll, bloße Festsetzung des Gesetzgebers und eine vom Individuum ganz unabhängige Sache. Ein solches Gesetz darf also scheinbar zurückwirken und den Individuen die bereits erlangte Volljährigkeit wieder entziehen. Es ist aber genau gesprochen — und freilich ist dies in dieser Materie sehr nöthig — gar keine „erlangte" (denn es fehlt an jeder Willensaction, welche die für den Begriff des Erlangens unumgängliche Voraussetzung bildet) Majorennität, sondern nur eine vorhandene bestimmte Handlungsfähigkeit da, die also mit dem neuen Gesetz schlechterdings vorhanden zu sein aufhört.

Mit völligem Unrecht also nehmen Savigny wie Bornemann an [1]), daß ein solches Gesetz ohne unzulässige Rückwirkung nicht auf die bereits Großjährigen angewendet werden, noch über sie verfügen dürfe (siehe hierüber ausführlicher bei der Anwendung, Abschnitt III, sub I).

Die bereits von diesen Individuen auf Grund ihrer bisherigen Majorennität gethätigten Rechtsgeschäfte aber bleiben durchaus zu Recht bestehen, weil sonst freie Willensactionen nachträglich vernichtet und entstellt werden würden.

---

1) Der §. 720 des Allg. Landrechts, Th. 2, Tit. 18, geht offenbar von der oben entwickelten Ansicht aus.

Und man sehe, wie genau es darauf ankommt, stets den angegebenen Begriff scharf im Auge zu behalten, statt ihn in eine dann nothwendig irreleitende Formel (über den Personenzustand, Rechtsfähigkeit u. s. w.) verknorpeln zu lassen. Ist nämlich die Majorennität das Product einer Majorennitätserklärung, die z. B. auf Antrag des Vaters oder des Minderjährigen von dem vormundschaftlichen Gericht erlassen wird (vgl. Allg. Landrecht, Th. II, Tit. 28, 216, und Th. II, Tit. 18, §. 714 fg.), so kann dies offenbar durch kein späteres Gesetz, welches die Majorennitätserklärungen abschafft oder andere Bedingungen derselben vorschreibt, mehr aufgehoben werden. Der Grund ist, daß sie hier durch individuelle Handlungen vermittelt und erworben ist, die nicht mehr vernichtet werden können. 1)

Werfen wir hierbei gleich einen Blick auf die Emancipation. Diese betrifft in ihren Folgen die Rechtsfähigkeit der Kinder, und somit den Zustand der Person an sich. Sie selbst aber ist ein Institut, welches im wahren Familienrecht wurzelt. Savigny (VIII, 504, 500) will daher, daß wie die Entstehung der väterlichen Gewalt, so auch ihre Auflösung, namentlich durch Emancipation, stets unter dem Gesetz der Zeit stehe, unter welches die auflösende Thatsache fällt.

Aber es handelt sich vielmehr darum, wodurch die Emancipation hervorgerufen wird, und je hiernach wird die Entscheidung eine entgegengesetzte sein müssen.

Nach dem Code Napoléon (Art. 372) tritt die Aufhebung der väterlichen Gewalt ipso jure mit der Volljährigkeit ein. Wird also das zu derselben erforderliche Alter dort erhöht, so fallen dadurch die betreffenden bisher Volljährigen auch wieder unter die väterliche Gewalt zurück. Diejenige Emancipation aber und die durch sie bedingte Rechtsfähigkeit, welche zwar gleichfalls ipso jure eintritt, aber als Folge einer freiwilligen Handlung des Emancipirten, wie dies nach dem Code Napoléon z. B. bei der Heirath der Fall ist (Art. 476, le mineur est émancipé de plein droit par le mariage), — diese wird

---

1) Wenn man hier die eigene Handlung des Minderjährigen vermissen wollte, so ist §. 2 zu vergleichen. Vater wie vormundschaftliches Gericht handeln überhaupt für den Minderjährigen.

durch ein späteres Gesetz über Emancipation nicht mehr berührt, weil sie durch individuelle Willensaction vermittelt und somit erworben ist. Man kann dies Resultat auch noch bestätigen durch die sehr alte, z. B. bereits von Bartolus gegebene Regel, daß ein Gesetz, welches als contractus vel quasi contractus wirke, d. h. sich in die Formel auflöse do ut facias vel facio ut facias, nicht durch ein späteres Gesetz in praejudicium quasi contrahentis aufgehoben werden könne. [1]) In ein solches contrahirendes Gesetz löst sich aber eben ein jedes auf, welches die Erlangung eines Rechts oder Zustandes von der Bedingung individueller Handlungen abhängen läßt.

Mit Unrecht würde man aber in dem erwähnten Beispiele der Emancipation durch Heirath den Grund vielleicht etwa darin suchen wollen, daß, weil der Minderjährige ohne väterliche Erlaubniß eine Ehe nicht eingehen kann, dieselbe eine Entlassung aus der Gewalt seitens des Vaters selbst in sich einschließt. Dies

---

1) Bartolus, Comm. in Dig., lib. I, Nr. 28 (fol. 34 ed. Bas. 1589): Quarto quaeritur, utrum liceat facere statutum super his, quae ab aliis statutis ejusdem civitatis sunt disposita? — — Distingue: Aut statutum stat in simplici dispositione statuti, aut transit in *contractum quel quasi*. Primo casu per sequens potest statutum simplex revocari . . . secundo casu non potest revocari in praejudicium quasi contrahentis. Et intellige rationem contractus vel quasi, qui ex decreto vel statuto resultat. Et circa praedicta subjicio unam quaestionem, ad intelligentiam ipsorum. Statuto cavetur, quod qui venit ad habitandum in tali castro, habeat immunitatem perpetuo. Quidam venerunt; nunc civitas vult revocare statutum, et vult ne illi gaudeant immunitate. Certe in praejudicium eorum qui jam venerunt, non potest revocari. Secus in his qui nondum venerunt. Nam dictum statutum transivit in contractum, vel quasi contractum, do ut facias, vel facio ut facias, id est concedo tibi immunitatem ut venias. Si aliqui venerunt, ex utraque parte, perfectus est contractus, et ideo non est locus poenitentiae sed antequam veniunt.

Was an dieser von Bartolus gegebenen Regel richtig ist, ist die Thätigkeit des oben entwickelten Begriffs in ihr. Seine Regel selbst aber ist zu weit und zu eng. Zu weit — und darum ist gerade das von ihm gewählte Beispiel ganz falsch —, wie sich in §. 7 zeigen wird, wo sich die aus der concretern Entwickelung des Begriffs für diese Regel folgenden Einschränkungen ergeben werden. (Daselbst wird sich auch zeigen, welcher durch die genauere Begriffsbestimmung gesetzten Einschränkung das unterliegt, was wir oben nur beispielsweise über die Emancipation durch Heirath gesagt haben.) Zu eng, wie sich dies in §§. 2, 6 u. a. herausstellen wird.

trifft hier nur zufällig zusammen; denn dies Zusammentreffen wäre nicht der Fall und die Folgen für die Rechtsfähigkeit dennoch dieselben, wenn die individuelle Handlung, durch welche sie vermittelt wird, gar nicht der Einwilligung des Vaters bedarf, wie z. B. wenn ein Gesetz nach Art Justinian's in der Nov. 81 [1]) die Emancipation und die durch sie hervorgebrachte Rechtsfähigkeit ipso jure als Folgen gewisser Würden und Staatsämter eintreten ließe. Eine väterliche Einwilligung findet hierbei nicht statt. Aber die Erlangung der Würde oder des Amtes ist ein durch individuelle Verdienste und Actionen des Emancipirten Vermitteltes. Auf diese Entstehung der Rechtsfähigkeit wirken also spätere Gesetze nicht ein, während sie dies wol thun, wo die Emancipation blos durch Alter eingetreten ist. Man kann also nicht, wie die französischen Autoren stets thun, im allgemeinen sagen, daß die Rechts- und Handlungsfähigkeit den Personen stets blos vom Gesetz verliehen sei. Sie kann auch erworben sein. Auf die Operation der obigen Begriffsunterschiede kommt es an. Man kann ebenso wenig, wie Savigny diesen Gedanken ausdrückt, sagen, daß der Zustand der Person an sich stets der sofortigen Anwendung des neuen Gesetzes unterliegen müsse. Es kommt wiederum auf die Operation der obigen Begriffsmomente, auf die Frage an, ob dieser Zustand durch das Gesetz verliehen oder ein durch die individuelle Willensaction Constituirtes und Vermitteltes sei. Will man noch einen entscheidenden Beweis hierfür, so liegt er in folgendem: Nichts betrifft gewiß den Zustand der Person an sich in höherm Grade als die Frage, ob man Sklave oder Freier sei. Nun verordnen die Kaiser Diocletian und Maximinian [2]), daß der Sklave, der sich zwanzig Jahre lang im redlichen und titulirten Besitz der Freiheit befunden (qui bona fide in possessione libertatis etc.), gegen die Vindication des Herrn geschützt und ein freier römischer Bürger sein solle (ut et liberi

---

1) Cap. I. Quapropter gravissima hac lege utentes sancimus ut ordinarii consules, si in potestate sint, simul cum verbo, quod ipsis hoc munus tribuit, *suae potestatis fiant;* praetera ut consularibus codicillis ab Imperatore honoratis et sub manu parentum constitutis codicilli in causa sint, *ut sui juris fiant* etc.

2) L. 2, C. de longi temp. praescr. quae pro liber. (7, 22).

et cives Romani fiant). Kein Mensch wird annehmen, daß durch Abschaffung dieses Gesetzes auch diejenigen hätten berührt und wieder zu Sklaven gemacht werden können, welche einmal durch den Ablauf der zwanzig Jahre unter dem Gesetze zu Freien geworden waren. Und warum ist hier der Zustand der Person an sich der Einwirkung des neuen Gesetzes entzogen? Weil jene Sklaven durch Ersitzung, durch Usucapion, also (s. §. 2 D. über die Usucapion) durch fortgesetzte individuelle Willensaction den Zustand eines Freien sich erzeugt und zu dem ihrigen gemacht hatten, und derselbe deshalb ein erworbener war. Auf dieses Begriffsmoment allein also kommt es an, und nur darum ist die Formel über den Personenzustand meistens richtig, weil derselbe in den meisten Fällen ein blos vom Gesetz verliehener ist.

Betrachten wir ferner ein Gesetz über Ehe und Ehescheidung nach obigem Princip.

Soweit dieses Gesetz die Gatten schon dadurch trifft, daß es die organische Institution der Ehe selbst ändert, soweit es also die Gatten in denjenigen allgemeinen Qualitäten, Rechten und Pflichten trifft, welche das Gesetz den Gatten überhaupt verleiht, soweit wirkt es augenblicklich auf alle schon bestehenden Ehen ein. Soweit aber das Gesetz die Gatten nicht ausschließlich und unmittelbar durch eine Veränderung jener Eigenschaften und Rechte treffen würde, welche das Gesetz selbst an die Qualität des Gatten knüpft, sofern es also sie nur dann treffen würde, wenn hierzu noch eine in der Vergangenheit liegende freiwillige Handlung eines Gatten hinzutritt, soweit darf dies Gesetz keinesfalls einwirken. Denn insoweit würde seine Einwirkung eine Rückwirkung sein.

Wenn also ein neues Gesetz die Scheidung überhaupt aufhebt, oder die Scheidung, falls sie bis dahin verboten war, einführt; wenn ein neues Gesetz die persönlichen Rechte und Pflichten der Gatten zueinander (Gehorsam, Schutz u. s. w.) ändert, so wirken diese Bestimmungen sofort auf alle bestehenden Ehen ein. Denn die Gatten werden durch dieses Gesetz nur insofern betroffen, als das Institut der Ehe selbst, als die allgemeinen und stets vom Gesetz verliehenen Qualitäten der Ehemänner und Ehefrauen dadurch verändert werden. Ob die Ehe überhaupt auf-

lösbar oder unauflösbar ist, ist eine rein durch das Gesetz der Ehe verliehene Qualität, nicht eine That und Product des einzelnen Gatten. Die Gatten werden durch dieses Gesetz unmittelbar in ihrer allgemeinen gesetzlichen Qualität als Gatten getroffen, ohne Vermittelung einer besondern freiwilligen Handlung ihrerseits.

Ebenso wenn ein Gesetz neue Ehescheidungsgründe einführt oder bestehende abschafft, gilt das Gesetz auch in dieser Hinsicht vom Augenblick seines Erscheinens ab für alle bestehenden Ehen. Was ein Ehescheidungsgrund überhaupt sein soll oder nicht, ist gleichfalls nicht durch die Willensaction des Individuums hervorgebracht, sondern eine das Institut der Ehe selbst betreffende gesetzgeberische Bestimmung. Die Gatten können daher auch in dieser Hinsicht dem Gesetze durchaus keinen Vorwurf der Rückwirkung machen; denn da es sich nicht auf die eigenen Handlungen eines Gatten vor seinem Erscheinen erstreckt, so wird keine solche eigene Handlung ex post verändert, und wenn von nun an Handlungen als Ehescheidungsgründe gelten, die es bis dahin nicht waren, so steht es dafür in der Freiheit des Individuums, von nun an diese vom Gesetz bezeichneten Handlungen zu unterlassen. Die menschliche Freiheit, das erste Recht des Individuums, die Natur seiner Handlung vorher wissen zu können, ist also gerettet.

Wenn man aber den vom neuen Gesetz statuirten Ehescheidungsgründen mit Savigny (s. oben S. 20) sogar die Folge geben wollte, daß sie auch auf die frühere Zeit anwendbar seien, dann würde allerdings die schreiendste Rückwirkung vorliegen. Denn dann würde ja eben eine freiwillige, vollbrachte Handlung des Individuums nachträglich einen andern Charakter und andere Folgen erhalten, als dasselbe bei der Vollbringung wissen konnte, und es würde den Gesetzgeber oder Richter der Vorwurf treffen, die menschliche Zurechnungsfähigkeit forcirt zu haben! [1])

---

1) Und nichtsdestoweniger hat der rhein. Appellationsgerichtshof zu Köln in einem Urth. v. 22. Juli 1850 und der berliner Revisions- und Cassationshof durch Bestätigung desselben durch Urth. v. 20. Juni 1851 sich nicht gescheut, sich dieses schwersten Vorwurfs schuldig zu machen!

Betrachten wir die Wirkung unsers Princips auf Verträge, so ergibt sich zunächst in Bezug auf die Form derselben, daß diese, da ja Verträge und ihre Errichtung stets freiwillige Handlungen sind, immer nur nach den Gesetzen zur Zeit der Stipulation beurtheilt werden kann. Aus demselben Grunde aber ergibt sich auch für den Inhalt der Verträge, daß sich derselbe in Bezug auf Gültigkeit, Art und Grad seiner Wirksamkeit, Anfechtungsgründe u. s. w. immer nur nach dem Gesetz zur Zeit des Contractes richten wird, soweit dies nicht Einschränkungen unterliegt, die aber aus unserm Princip selbst hervorfließen müssen, statt ihm derogiren zu dürfen, worüber später.

Wie im Privatrecht, so ist das obige Princip nicht minder im öffentlichen Rechte wirksam. Vom Strafrecht haben wir dies bereits gleich im Anfang gesehen. Es ist dies aber nicht weniger bei den andern Theilen des öffentlichen Rechts der Fall.

Wenn ein Gesetz die zur Erlangung der Naturalisation erforderlichen Bedingungen erschwert, so wirkt dasselbe keineswegs auf diejenigen Fremden ein, welche die Naturalisation nach Maßgabe der frühern Bedingungen bereits erlangt haben.

Wenn es aber z. B. einem Staate einfiele, alle zur Zeit auf seinem Territorium weilenden Fremden ohne Rücksicht auf deren Willen mit dem Indigenat zu bekleiden, und dieses Gesetz würde später wieder aufgehoben, so würde die Aufhebung sich auch auf diejenigen Fremden erstrecken, welchen das Indigenat durch das erstere Gesetz zu Theil geworden war [natürlich mit Ausnahme solcher, welche diese Qualität vor dem widerrufenden Gesetze durch ausdrückliche Willenserklärung oder concludente Handlungen — spätere Domicilirung, Errichtung eines Gewerbebetriebs u. s. w. — bereits acceptirt und so durch eine spätere individuelle Willensaction zu ihrem individuellen Eigenthum gemacht hatten; denn es ist gleichgültig, ob das Recht erst entsteht durch die individuelle Willensaction, oder ob es ursprünglich aus dem Gesetze fließt, das Individuum aber es durch spätere Handlungen ergreift und verseinigt; siehe hierüber §. 3]. Nicht in dieser Rücknahme also würde eine Rückwirkung liegen, nur dem ersten Gesetze würde man eine solche beimessen können, weil es auf Grund des zeitigen Aufenthalts diesem freiwilligen Factum rückwirkend eine ungewollte Folge gab (und außerdem den

Betreffenden dadurch das Staatsbürgerrecht in ihrer Heimat entzog).[1])

---

1) Die Supposition eines solchen Gesetzes, welches ohne jede Rücksicht auf den Willen der Individuen alle Fremden ohne weiteres mit dem Indigenat bekleidet, kann vielleicht auf den ersten Blick so kindisch scheinen, daß sie selbst das Recht der Theorie, zum Beweise ihrer Thesen auch die unwahrscheinlichsten Fälle zu unterstellen überschreitet. Dies ist aber nicht nur nicht so, sondern solche Gesetze und daraus entspringende Fälle von der größten praktischen Wichtigkeit sind sogar dagewesen. Zuerst muß hier erinnert werden an die Constitution des Marcus Antoninus, von der uns die L. 17 D. de statu hominum (I, 5) erzählt, durch welche alle Bewohner des römischen Erdkreises ohne weiteres zu römischen Bürgern gemacht worden sind. (In orbe Romano qui sunt, ex Constitutione Imperatoris Antonini cives Romani effecti sunt.) Kein Mensch wird bezweifeln, daß wenn es M. Antoninus gefallen hätte, später diese Verordnung wiederaufzuheben und die frühern Unterschiede wiederherzustellen, durch diese Aufhebung auch die lebenden Geschlechter mit Recht getroffen worden wären. Man wird dies um so weniger bestreiten können, als dies Edict bei den Verhältnissen der alten Welt eigentlich ein Edict über die Rechtsfähigkeit darstellt. Immerhin war diese Rechtsfähigkeit blos die Folge der einmal erlangten Qualität des römischen Bürgers, und wäre diese durch eine individuelle Leistung und Willensaction erlangt worden, so wäre sie — und also auch die jederzeit aus ihr fließende Rechtsfähigkeit — unwiderruflich gewesen. Keinesfalls liegt der wahre Grund der Widerruflichkeit der Verordnung des M. Antoninus darin, daß sie als accessorische Folge der römischen Bürgereigenschaft über die Rechtsfähigkeit statuirte. Es wird sich bei uns gar nicht anders mit einer solchen Verordnung verhalten, obgleich bei den factischen Verhältnissen der modernen Welt die Ertheilung des Indigenats durchaus nicht ein bloßes Statut über die Rechtsfähigkeit darstellt. Es kann sogar das Indigenat und die Rechtsfähigkeit bei uns getrennt sein (vgl. Code civ., Art. 7). Ganz bestimmt war dies der Fall nach den französischen Gesetzen vom 30. April 1790 und 9. Dec. desselben Jahres (Art. 24). Ersteres verordnet que tous ceux qui nés hors du royaume, de parens étrangers, sont établis en France, *sont réputés Français,* et admis, en prêtant le serment civique, à l'exercice des droits de citoyens actifs, après cinq ans de domicile continu dans le royaume, s'ils ont en outre, ou acquis des immeubles, ou épousé une Française etc.

Merlin hat auf das unzweifelhafteste nachgewiesen, daß dies Gesetz von der Bedingung des Bürgereides nur die Ausübung der bürgerlichen Rechte abhängig macht, die Qualität eines Franzosen aber unabhängig hiervon und ipso jure allen denen überträgt, welche fünf Jahre hindurch ihr Domicil in Frankreich gehabt und außerdem ein Grundstück gekauft oder eine Französin geheirathet haben.

War dies Gesetz aber nur auf die Zukunft anwendbar oder war es auch anwendbar auf solche, welche schon vor dem Erlaß desselben fünf

Ebenso nimmt ein neues die Wahlfähigkeit beschränkendes Wahlgesetz diese Fähigkeit unzweifelhaft auch allen solchen Bür-

---

Jahre ununterbrochen ihr Domicil in Frankreich gehabt und dazu eine Französin geheirathet hatten? Waren nun also auch diese, die diese Folge nicht hatten voraussehen können, unabhängig von ihrem Willen zu Franzosen gemacht?

Merlin, in einem bald anzuführenden Plaidoyer, das er als Generalprocurator vor dem pariser Cassationshofe hielt, behauptete dies letztere, und dies war eine der Hauptachsen, um welche sich der seiner Zeit so berühmte Proceß des damaligen Majors Mac-Mahon gegen seine geschiedene Gattin, die Frau von Latour, drehte. Es handelte sich in diesem Processe, welcher drei verschiedenen Appellhöfen überwiesen wurde und zwei cassirende Urtheile des pariser Cassationshofes veranlaßte, und in welchem Merlin dem Vorfahr des Siegers von Magenta doppelte Felonie und Ueberläuferei gegen England wie Frankreich und Betrug in seinen Ehepacten nachwies, darum, zu wissen, ob Mac-Mahon, der bei dem Erlaß des Gesetzes vom 20. April 1790 bereits fünf Jahre in Frankreich gewohnt und eine Französin geheirathet hatte, durch dasselbe ohne seinen Willen zum Franzosen geworden war, und ob folglich, da er zwei Jahre darauf Frankreich verließ, die damaligen Gesetze über Emigranten auf ihn anzuwenden waren. Es lag somit hier ganz der Fall vor, den wir oben im Text supponirt haben. Der Appellhof von Orléans entschied hierüber in einem schön motivirten Urtheil (von 11. Thermidor XIII): „Attendu — qu'un acte de naturalisation est un véritable *contrat* entre le gouvernement qui adopte et l'étranger adopté, que ce contrat comme tous les autres contrats, exige un *consentement mutuel et réciproque;* que ce consentement doit être formel ou résulter d'actes exprès et positifs, d'où il suit que toute disposition générale qui *déclarerait naturalisée* telle ou telle classe des individus, *ne pourrait s'appliquer réellement qu'à ceux des individus* qui en auraient *réclamé ou accepté* la faveur ou l'application."

Die Richtigkeit dieser Motive springt in die Augen. Trotzdem erhob sich Merlin, der schon ein cassirendes Urtheil in diesem Proceß herbeigeführt hatte, mit Macht dagegen vor dem in vereinigten Kammern sitzenden Cassationshof. Nach ihm hätte Mac-Mahon gleich nach Erscheinen des Gesetzes sagen müssen: „Da man will, daß ich auf Grund meines Domicils Franzose sei, so verlasse ich das Territorium eines Gouvernements, dessen Adoption mir nicht gefällt." Merlin vergißt, daß, war einmal Mac-Mahon durch das Gesetz vom 30. April 1790 zum Franzosen geworden, er durch das sofortige Verlassen Frankreichs vielmehr nur sofort damaligen Emigrantengesetzen verfallen, seine Lage also gar nicht geändert worden wäre und daß der fortgesetzte Aufenthalt in einem Lande — von andern factischen Umständen des Falls abgesehen — keine nothwendige Acceptation des Indigenats in sich schließt. Umsonst beruft sich Merlin, geradezu die Behauptung aufstellend, daß die Einwilligung des Individuums in die Naturalisation gleichgültig wäre, auf das Gesetz vom 5. Ventôse V, welches alle

gern, die sie bisher besaßen, aber die bereits vollzogenen Wahlen, zu denen sie auf Grund des frühern Gesetzes mitgewirkt haben,

---

Einwohner des eroberten und mit Frankreich vereinigten belgischen Gebiets ohne Rücksicht auf ihren Willen zu französischen Bürgern erklärt hatte. Er vergißt, daß die Staatsangehörigkeit, welche ein Staat über die Kinder seiner eigenen Bürger oder über die Bürger eroberter und zum Staatsterritorium geschlagener Länder ausspricht, ein Zwangsgesetz ist und sein muß, von dem sich der einzelne nur unter den bestimmten Formen der Auswanderungsgesetze befreien kann, daß aber die Stellung, welche ein Staat zu den Angehörigen fremder Nationen einnimmt, eine ganz andere ist.

Durch die Ueberlegenheit seines Wissens und seines Scharfsinns gewann Merlin die Schlacht gegen Mac-Mahon, trotz des Widerstrebens der Appelhöfe von Paris und von Orléans. Aber er gewann sie nicht auf Grund des in Rede stehenden Cassationsmittels, sondern aus andern in der Sache zur Sprache kommenden Gründen. In seinen beiden cassirenden Urtheilen vom 30. Pluviôse XIII und vom 22. März 1806 vermeidet vielmehr der Cassationshof sich über die Frage, ob Mac-Mahon als Franzose zu betrachten sei, obgleich sie das erste Cassationsmittel bildete, auszusprechen, und indem er das zweite mal — en chambres réuniés sprechend — statt dessen auf das vierte Cassationsmittel einging und ausdrücklich erwog, daß Mac-Mahon sich demselben nicht entziehen könne „sous le prétexte qu'il *est* étranger", weil dasselbe zur Geltung komme „contre tous les individus soit français soit étrangers", hat er deutlich genug seine von Merlin hierin abweichende Ansicht an den Tag gelegt (s. die beiden Plaidoyers Merlin's in dieser Sache, abgedruckt in seinem Répert. de jurispr. v° Divorce, Sect. IV, §. 10, T. IV, p. 664—709). Von dem ersten Cassationsurtheil steht, obwol es sich darüber nicht ausspricht, sogar unzweifelhaft fest, daß der Cassationshof Mac-Mahon trotz des Gesetzes vom 30. April 1790 als einen Fremden betrachtet habe; denn der Präsident der Section des Cassationshofs, welche jenes Urtheil erließ, Malleville, bekundete später, daß der Hof Mac-Mahon „*quoique étranger*" doch seiner Gattin gegenüber für einen „absent rentré" gehalten habe (s. Malleville, Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au conseil d'état, art. 234).

Wäre man aber selbst mit Merlin der Meinung gewesen, daß ursprünglich durch das Gesetz vom 30. April 1790 Mac-Mahon zwangsweise zum Franzosen gemacht worden war, so hatte doch bereits die Constitution vom 3. Sept. 1791, Tit. II, Art. 3, durch eine kleine Aenderung in dem Wortlaut jenes Gesetzes, demselben wie Merlin selbst (das., S. 696) zugibt, derogirt und die Naturalisation an den freien Willen des Individuums gebunden. Durch eine Umstellung des Satzes von der Leistung des Bürgereides bewirkte sie nämlich, daß nur derjenige für einen Franzosen angesehen werden solle, der außer den übrigen Bedingungen den Bürgereid geleistet habe, worin also eine ausdrückliche individuelle Willenserklärung liegt. Und folglich hätte man — obwol Mac-Mahon dieses Mittel,

werden hierdurch nicht vernichtet; die individuellen Handlungen bleiben bestehen.

Zugleich ist ersichtlich, daß dieses Princip den Anforderungen

---

wie es scheint, geltend zu machen verabsäumte — immer annehmen müssen, daß hierdurch jener Zwang des Gesetzes von 1790 fortzuwirken aufgehört habe. Es reicht nicht hin zu sagen, wie Merlin thut, der, offenbar von selbst auf diesen Gedankrn stoßend, ihn flüchtig in einem Satze berührt, daß die neue Constitution „de même qu'elle ne *prive* pas les étrangers de la naturalisation qu'ils avaient *obtenue* avant 1789 par les lettres patentes du roi, de même aussi elle ne les *dépouille* pas de celle, qu'avaient purement et simplement attribuée les lois des 30 avril et 9 decbr. 1790". Alle diese Ausdrücke passen gar nicht einmal, da sie, priver wie dépouiller u. s. w., ein Entziehen der Eigenschaft gegen den Willen des Individuums voraussetzen. Es handelte sich vielmehr darum, ob, wenn ein Staat ohne Rücksicht auf vorhergängigen Willen oder nachfolgende Acceptation ein Individuum zwangsweise naturalisirt, dieser Zwang nicht in demselben Augenblicke für alle nicht acceptirt habenden Individuen fortzuwirken aufhört, sobald der Staat seinerseits von dem Zwangsgesetz zurücktritt. Und so gestellt kann die Beantwortung der Frage nicht zweifelhaft sein. Die Fortdauer des Zwangsverhältnisses kann nicht aus dem Rechte des Individuums gefolgert werden, wenn dieses weder vorher gewollt, noch nachher acceptirt hat, sondern eben gezwungen ist. Sie kann nicht länger aus dem Rechte des Staats folgen, wenn dieser seinerseits das Zwangsgesetz aufgehoben hat und somit von der Zwangsanschauung zurücktritt. Woher sollte also seine Fortdauer kommen können? Die Wirkung der vom Staat verfügten Zwangsansicht, vermöge welcher Mac-Mahon als Franzose anzusehen war (*sera réputé* Français), dauert offenbar nur solange der Staat diese Zwangsansicht festhält, und hört somit in dem Momente auf, in welchem er sie aufgibt. Dies Gesetz hat nicht, wie oben Bartolus sagt, als Contract, sondern als Gesetz gewirkt, und die Wirkung verschwindet daher mit dem Gesetze selbst. Und selbst jeder Contract erlischt, wenn beide Parteien desistiren. — Die entgegengesetzte Ansicht — die Ansicht Merlin's — führt zu der großen Ungereimtheit, daß der Staat zwar durch das Zwangsgesetz von 1790 auf alle nicht erst zukünftig, sondern bereits gegenwärtig in den von ihm vorhergesehenen Lagen befindlichen Fremden sofort habe einwirken und somit — weil ohne Rücksicht auf ihren Willen — habe rückwirken können, daß aber dem spätern Gesetze — der Constitution von 1791 —, welches die Naturalisation der natürlichen Willensfreiheit des Individuums zurückgibt, eine geringere Kraft einwohne und es nicht wie das erstere auf die gegenwärtigen Zwangsverhältnisse, sondern erst auf die Zukunft einwirken könne!

Höchstens hätte man also annehmen können, daß Mac-Mahon in der Zwischenzeit vom Gesetze von 1790 bis zur Constitution von 1791, aber nicht mehr bei seiner Flucht (1792) Franzose gewesen sei.

entspricht, welche wir oben (S. 15 fg.) für eine wahrhafte Theorie aufgestellt haben. Wir verlangten hierzu, daß beide Grundsätze, sowol derjenige, welcher bestimmt, wo sofortiges Platzgreifen der Gesetze stattfinden als nicht stattfinden darf, in eine gemeinsame Rechtsidee aufgelöst werden. Nur dann sei Einheit — und mit ihr Theorie — vorhanden, wenn diese eine Idee die Unterschiede selbst als aus ihr fließende erzeuge, sodaß sich also auch aus der Idee der Nichtrückwirkung selbst die Fälle ergeben, in denen ein neues Gesetz sofort zur Anwendung zu kommen hat. In der That ist dies durch das obige Princip erreicht, weil dasselbe, statt eine Formel zu bilden, nur die Rechtsidee der Nichtrückwirkung darstellt.

Es liegen hier nicht mehr zwei äußerliche Regeln vor, von denen die eine bestimmt, wo Nichtrückwirkung, und die andere, wo Rückwirkung stattfinden soll. Sondern die Regel der Nichtrückwirkung ist hier erstens in den Begriff der Nichtrückwirkung selbst zurückgeführt, sodaß sie zugleich angibt, auf welcher obersten Rechtsidee der Grundsatz von der Nichtrückwirkung überhaupt beruhte und warum er Wahrheit habe (vgl. oben S. 56 fg.). Ferner sind eben dadurch die beiden Regeln, wo der Grundsatz der Nichtrückwirkung und wo der Grundsatz von dem sofortigen Eingreifen der Gesetze zur Anwendung zu kommen habe, in Eine begriffliche Einheit aufgehoben; beide Grundsätze selbst sind, statt sich entgegengesetzte zu bleiben, von denen der eine auf diesem, der andere auf jenem Rechtsgebiete gelten soll, in innere Einheit gesetzt, in eine gemeinsame Rechtsidee aufgelöst, und drittens ist damit das ebenso begriffliche als praktische Resultat erreicht, daß es eine zulässige wirkliche Rückwirkung, eine einzelne oder eine Klassenausnahme von dem Princip der Nichtrückwirkung, überhaupt nicht gibt, daß vielmehr auch das sofortige Platzgreifen neuer Gesetze in allen Fällen wo es zulässig ist, gerade durch den Begriff der Nichtrückwirkung selbst gesetzt und vermittelt sein muß, und eine solche aus diesem Begriffe selbst hervorgehende sofortige Anwendung nur eine augenblickliche Einwirkung — wie solche im Wesen des Gesetzes liegt —, keine Rückwirkung mehr darstellt.

II. Der Begriff und sein Umfang.

§. 2. Der Umfang der Willenshandlungen.

Wenn aber nur die individuellen Willensactionen von keinem spätern Gesetze getroffen werden sollen, oder, was hiermit identisch, nur solche Rechte erworbene Rechte sind, welche durch freie Willensactionen vermittelt sind, so muß es zunächst scheinen, daß aus bloßen Begebenheiten und Ereignissen (z. B. also die eigene Geburt, der Tod anderer), oder aus den Handlungen dritter Personen — die ja in Bezug auf das Individuum bloße Ereignisse sind —, daß also aus solchen Facten, die man im Unterschied von den eigenen Willensactionen juristische Thatsachen nennen kann, dem Individuum keine erworbenen Rechte entstehen können. Wollte man nun aus obigem Begriffe eine solche Regel ableiten, so würde dieselbe zwar im allgemeinen auch noch richtig sein; sie würde aber, wie jede Regel, zahlreiche Ausnahmen erleiden, während jener Begriff selbst keine erleidet, es vielmehr, wie sich gleich zeigen wird, gerade seine eigene Thätigkeit ist, welche diese Ausnahmen an der Regel hervorbringt.

Es gibt nämlich Rechte, welche scheinbar an Ereignisse und Handlungen dritter Personen geknüpft sind, aber, obwol sie äußerlich und ihrer sinnlichen Gestalt nach als Folgen solcher facta aliena erscheinen, doch ihrer innern Natur nach vom Rechte aufgefaßt werden als eigene Willensactionen des Individuums.

Ist dies der Fall, so ist es natürlich nur eine Forderung des Begriffs und eine glänzende Bestätigung seiner Consequenz, daß solche Rechte und nur solche Rechte, die nach ihrer äußerlichen Erscheinung zwar als Folgen fremder Thatsachen sich darstellen, vom Gesetze aber als auf der eigenen Willensaction des Individuums beruhend gedacht werden, erworbene Rechte bilden und also von einem spätern Gesetze nicht berührt werden können.

Dies tritt nun in der That ein, und es sind jetzt diese scheinbaren Anomalien durchzugehen und in ihre wahre Natur als strenge Consequenzen des Begriffs aufzulösen.

A. Erb- und Familienrecht; Personenrepräsentation.

Dahin gehören alle solche Rechte, welche dem Individuum durch die eigene Geburt oder den Tod anderer entstehen und welche vermittelt sind durch das Familienrecht. Die so vermittelten Rechte sind dem Individuum erworben vermöge der nach der Anschauung des Rechts innerhalb der Familie herrschenden Identität der Personen und ihres Willens. Vermöge dieser Identität wird vom Rechte die gültige Willenshandlung der einen Familienperson zugleich als Willenshandlung der andern angesehen. Wenn geerbt wird, so erscheint dies zunächst als die Folge eines bloßen Ereignisses, des Todes des Erblassers. In der That aber beruht der Erwerb auf einem entweder ausdrücklichen letzten Willen desselben — testamentarische Erbschaft — oder auf einem vom Gesetz präsumirten — Intestaterbfolge. Es geschieht also dieser Erwerb durch eine Willenshandlung des Erblassers [1]), die infolge der angegebenen das Wesen des Familienrechts bestimmenden Identität als die eigene Willensaction des Erben erscheint. [2])

---

1) An dieser abstracten, von allen concreten Unterschieden absehenden und darum auch unrichtigen Behauptung muß es hier noch genügen. Das Wahrhafte darüber kann sich erst im zweiten Bande ergeben.

2) Wenn etwa ein Gesetz alle Testamentserbschaft ausschließt und nur Intestaterbfolge anerkennt, so würde man freilich nicht sagen können, daß dieselbe einen präsumirten Willen des Erblassers darstelle. Allein hier entsteht

Das Erbrecht darf also nicht als ein aus einem Ereigniß oder einer fremden Handlung entspringendes Recht aufgefaßt werden, sondern wenn dies seine äußerliche Erscheinung ist, so beruht seine speculative Natur ursprünglich auf der durch die Identität der Familie vermittelten Willensaction des Erben.

Der positive Beweis hierfür kann nur durch das genaueste Eingehen auf das Wesen des Erbrechts, also erst im zweiten Bande sich ergeben, welcher dasselbe ebenso nach seinem philosophischen Gedankeninhalt als nach der Verschiedenheit seines historischen Geistes betrachten soll. Dort wird dieser Beweis auf die strengste und wissenschaftlichste Weise erbracht werden. Bis dahin muß das soeben Gesagte als eine bloße Assertion und Abbreviatur aufgenommen werden, deren Beweis nicht blos, sondern auch deren tieferes Verständniß und deren innere Unterschiede erst im zweiten Band sich entfalten können. — Darauf muß also einstweilen hinverwiesen werden.

Aber auffällig oder willkürlich erscheinen kann diese Umwandelung des Erbrechts in ein durch die Willensaction des Erben hervorgebrachtes Recht schon nach dem hier Gesagten nicht. Sie wäre überdies nur eine nothwendige und speculative Folge dessen, was schon anderweitig über die Personenidentität als das Wesen der Familie ausmachend anerkannt wurde, und findet ihren sinnfälligen Erweis in der Lehre von der Repräsentation, nach welcher ja auch z. B. das vom Kinde oder römischen Sklaven Erworbene um dieser vom Gesetz angeschauten Identität der

---

das Recht der Erben überhaupt nicht erst durch den Tod, es ist vielmehr durch die Geburt oder bei dem Erwerb des Eigenthums entstanden. Das Eigenthum ist hier von vornherein als ein an sich gemeinschaftliches Familieneigenthum erworben, und dieser Wille, es als solches zu setzen, erscheint als der gemeinschaftliche Wille aller Familienindividuen. Es ist nicht anders mit dem unter diesem Gesetze bei der Geburt schon vorhandenen Eigenthum der Aeltern. Die Geburt stellt für das Individuum selbst ein Erzeugtsein, ein bloßes Ereigniß dar; aber dieses Erzeugtsein löst sich sofort auf in eine Erzeugung, also in eine Handlung seitens der Aeltern, durch welche Handlung das vorhandene Eigenthum als das an sich gemeinschaftliche der nun entstandenen Familie gesetzt und diese Willensaction um jener unmittelbaren Identität willen als der gemeinschaftliche Wille aller Familienglieder erscheint.

Personen willen als der rechtliche Erwerb des Vaters oder Herrn gilt.

Das Erbrecht ist aber nur die wichtigste Anwendung dieser durch das Familienrecht bewirkten Vermittelung, und das Gesagte gilt ebenso für alle Rechte, die durch das Familienrecht vermittelt sind. So z. B. die Erwerbung des Indigenats durch Geburt. Die Erwerbung des Indigenats durch Naturalisation oder Niederlassung erscheint auch äußerlich als eine Erwerbung durch individuelle Willensactionen, und von ihr begreift sich also leicht, daß sie von einem spätern Gesetz nicht aufgehoben werden kann. Das durch Geburt erlangte Indigenat scheint aber ebenso wie z. B. die Volljährigkeit aus einem bloßen Ereigniß, und somit lediglich aus dem Gesetz, nicht aus einer individuellen Handlung zu fließen, wonach es also auch für ein späteres Gesetz revocabel sein müßte. Dem ist aber keineswegs so. Es ist bereits bemerkt, daß die Geburt zwar für das Kind selbst nur ein Erzeugtsein, ein Ereigniß, für die Aeltern aber eine Erzeugung und also eine freie Handlung darstellt. Was hierbei somit ein Sein seitens des Kindes ist, ist ein Wollen und Thun seitens der Aeltern, und vermöge der in dem Familienrecht vorhandenen unmittelbaren Willensidentität der Personen sind daher die für das Kind an das Sein geknüpften gesetzlichen Rechte zugleich als durch seine individuelle Willensaction vermittelte vorhanden.

Es erhellt von selbst, wie ebenso die Entlassung aus der väterlichen Gewalt durch den Vater, die anscheinend gleichfalls nur ein aus der Handlung eines Dritten fließendes Recht darstellt, wegen dieser unmittelbaren Willensidentität als die identische Willensaction des Kindes angesehen werden muß, und daher weder durch einen spätern Willen des Vaters, noch durch ein späteres Gesetz, noch durch ein solches mit Zustimmung des Vaters widerrufen werden kann.

An die auf derselben ideellen Grundlage beruhende Lehre von der Personenrepräsentation ist bereits erinnert worden.

Was daher von dem Kinde oder dem Sklaven dem Paterfamilias einmal erworben worden ist, kann ihm, obwol es zunächst als ein aus der Handlung eines Dritten und somit aus dem Gesetz ihm zufließender Erwerb erscheinen könnte, dennoch durch kein Gesetz, welches Sklaverei, väterliche Gewalt u. s. w.

ganz abschafft oder aber jene Repräsentation aufhebt, rückwirkend entzogen werden, weil es vermöge derselben als durch seine eigenen individuellen Handlungen erworben gilt.

B. Ungewollte Handlungen, dolus, Zwang, echter und unechter Irrthum, ignorantia juris et facti. Die ädilicischen Klagen und Condictionen.[1])

a. Rechte, welche zwar nicht aus Handlungen dritter Personen, aber auch nicht aus den eigenen Handlungen,

1) Die hier sub B vorliegende Ausführung über Handlungen aus mangelndem Willen, Zwang, Betrug und Irrthum im Beweggrunde kann zunächst als ganz überflüssig erscheinen, da ja Gesetze hierüber das Individuum immer nur durch Vermittelung einer individuellen Handlung berühren können, die Rückwirkung derselben also schon durch das im §. 1 formulirte Princip ausgeschlossen ist. Allein da in allen den genannten Fällen Wille und Handlung sich spalten und der Wille des Individuums seiner äußern Handlung entgegensteht, andererseits aber nach der hier entwickelten Theorie Rechte dem Individuum nur durch seine Willensaction erworben werden können, so würde man es gerade bei einer solchen tiefern Betrachtung für einen innern Widerspruch in der Theorie halten können, daß dem Individuum hier Rechte durch seine gerade nicht gewollte, nur äußerliche Handlung erworben werden sollen. Denn dann wäre nicht der Wille das erwerbende Moment, und daher eigentlich nicht abzusehen, woraus das Erworbensein bei der gegenwärtigen Theorie eigentlich fließen sollte. Würde man also auch zugeben, daß auf durch Zwang, Betrug und Irrthum hervorgerufene Handlungen durch spätere Gesetze nicht eingewirkt werden kann — obgleich auch hierüber verschiedene Meinungen bei den Autoren herrschen —, und würde man auch weiter zugeben müssen, daß dies auch durch die Formel unsers Princips allerdings äußerlich bestimmt werde, so würde man doch dies Zusammentreffen für ein nur äußerliches und gerade im Widerspruch zu der innern Bedeutung der Theorie vorhandenes betrachten können. — Sollte es also ernst genommen werden mit den Anforderungen, die man für eine Theorie stellen muß, so mußte auch dieser Schein beseitigt und gezeigt werden, wie es in der That nicht die äußere Handlung des Individuums, sondern vielmehr die innere Willensaction desselben ist, welche ihm dies Recht und zwar gerade gegen seine äußere Handlung erwirbt. Freilich war hierzu erforderlich, die gegenwärtig über Zwang, Betrug und Irrthum herrschenden irrigen Ansichten zu beseitigen, was wiederum nur durch eine, wenn auch möglichst knappe organische Entwickelung dieser Lehre aus dem Willensbegriff heraus erreicht werden konnte. — Ferner war aber diese Entwickelung aus dem Innern der Theorie auch deshalb ganz erforderlich, um zu erklären, daß und warum auch auf

sondern vielmehr gegen dieselben vom Gesetze gegeben werden und daher lediglich aus diesem zu entspringen scheinen, können sich bei näherer Betrachtung als auf dem Dasein der individuellen Willensfreiheit beruhend und als durch sie vermittelt erweisen, und können dann in strenger Consequenz des obigen Begriffs durch spätere Gesetze nicht abgeändert werden.

Dies tritt ein bei der Nichtigkeit, welche Gesetze über Willenshandlungen wegen mangelnden Willens (Irrthum in der Person, error in corpore, error in substantia) aussprechen. Es ist im Falle eines solchen Vertrags ein anderes gewollt, ein anderes gethan worden. Seine äußere Handlung würde freilich dem Individuum kein Recht auf die Nichtigkeit des Vertrags, sondern nur auf seine Aufrechthaltung geben können. Aber die derselben entgegenstehende innere Willensaction gibt ihm ein solches gegen die Handlung als eine ungewollte. Wenn man daher ein späteres, das Vorhandensein eines solchen error in substantia etc. einschränkendes Gesetz auf einen frühern Vertrag anwenden wollte, so würde hierdurch die Rückwirkung eintreten, daß ein vom Individuum Nichtgewolltes ihm nachträglich durch das spätere Gesetz in ein Gewolltes verkehrt und befestigt würde.

b. Analoger Natur sind die Rechte, welche scheinbar aus den Handlungen dritter Personen, und somit aus dem Gesetz, dem Individuum entspringen, ihm in der That aber gleichfalls durch die Wirkung seiner eigenen Willensfreiheit vermittelt sind.

---

die irrthümlichen oder unfreien Unterlassungen (s. C.) spätere Gesetze nicht zurückwirken könnten. Denn hier würde, wenn wir uns hätten mit dem blos äußern Zutreffen der Formel begnügen wollen, nicht einmal dieses Zutreffen derselben vorliegen, da bei Unterlassungen nicht einmal die äußere individuelle Handlung dasein würde, durch welche die Einwirkung neuer Gesetze ausgeschlossen wäre. Endlich aber war die Entwickelung auch noch deshalb nothwendig, um zu zeigen, warum ohne jede innere Inconsequenz für die durch dolus hervorgerufenen Handlungen trotz der delictartigen Natur des dolus ein anderes gelten müsse, als das Gesetz, was sich uns später bei den Obligationen aus Delicten ergeben wird.

Hierhin gehört zunächst die vom Gesetz gegebene Klage, Einrede oder Restitution wegen Zwanges.[1])

Wird ein Individuum zu einem Acte gezwungen, so scheint derselbe zunächst dennoch als eine Aeußerung seines Willens gelten zu können. Denn das Individuum konnte sich dem Zwange widersetzen oder das Angedrohte erdulden. Der Zwang kann hiernach somit als ein bloßes Motiv des Willens, nicht als seine Ausschließung, erscheinen (coactus volui).[2])

---

1) Savigny hat im dritten Bande seines Systems (und Beilage VIII daselbst) mit großem Scharfsinn der Lehre vom Zwang, Betrug und Irrthum eine Gestalt gegeben, welche durch ihn zur herrschenden Ansicht geworden ist. Indem er richtig nachwies, daß der factische Irrthum im Beweggrund nicht überall, sondern nur in bestimmten Fällen helfe, kam er zu dem irrigen Resultate, nur in der unabsichtlichen Willenserklärung einen mangelnden Willen zu erblicken, aber selbst in jenen Fällen, wo der Irrthum hilft, dies nicht als einen Ausfluß mangelnden Willens, sondern als eine äußere Billigkeit anzusehen, und ferner ebenso Zwang und Betrug nicht als das Dasein des freien Willens aufhebend, sondern die dagegen gegebenen Rechtsmittel als einen blos positiven Rechtsschutz gegen Unsittlichkeit aufzufassen. Auch ist diese seine Lehre in allen ihren Theilen allgemein angenommen worden, z. B. von Puchta, Vangerow, auch Böcking u. s. w. Gleichwol müssen wir uns gegen dieselbe mit Ausnahme des vorhin als richtig bezeichneten Punktes — dessen innere Bewandtniß sich später herausstellen wird — mit voller Bestimmtheit erheben und sie als eine solche bezeichnen, welche lediglich der Verkennung des Willensbegriffes entflossen ist. In Bezug auf Zwang und Betrug würde sich die Ansicht Savigny's schon durch die kurze Bemerkung widerlegen lassen, daß Unsittlichkeit im Gebiete des Willens gar nichts anderes heißt als: Aufhebung seiner Freiheit und eine andere Art von Unsittlichkeit gegen den Willen gar nicht existirt. Die wahre Widerlegung jedoch kann nur durch die organische und constructive Darstellung gegeben werden, welche, von nichts als dem Willensbegriff beginnend, alle jene Rechtsinstitute mit ihren Ausnahmen und Einzelheiten als nothwendige Folgen des Willensbegriffs zu entwickeln und sie so in denselben aufzulösen vermag. Nicht also in den Bemerkungen, in welchen wir hin und wieder, obwol so selten als möglich, auf Savigny ausdrücklich kritisch Bezug nehmen werden, sondern vielmehr in der nachfolgenden objectiven Darstellung erblicken wir seine wahrhafte Widerlegung.

2) L. 21, §. 5 quod metus (4, 2): Si metu coactus adii hereditatem, puto me heredem effici, quia quamvis si *liberum* esset, *noluissem, tamen coactus volui;* sed per Praetorem restituendus sum, ut abstinendi mihi potestas tribuitur. Es wird also immerhin selbst bei dieser Auffassung Restitution gegen die Handlung ertheilt. — Gewiß aber kann nicht

Bei der richtigen Erfassung des Begriffs des freien Willens verhält es sich aber damit folgendermaßen.

Der Begriff des Willens ist: individuelle Selbstbestimmung. Diese Selbstbestimmung hat aber aufgehört, wenn ein zweites Individuum, in rechtswidriger [1]) Weise in dieselbe eingreifend, das erste aus einem sich selbst bestimmenden Selbst in ein durch fremden Willen bestimmtwerdendes verwandelt. — Ist dagegen die Furcht nicht durch eine fremde Drohung hervorgerufen, sondern aus dem eigenen Denken des handelnden Individuums hervorgegangen, so ist jetzt ersichtlich, warum sie keine die Willensfreiheit aufhebende und somit auch keine den Vertrag entkräftende Wirkung haben kann. Denn als durch die eigene Denkoperation des Individuums gesetzt, erscheint sie als seine eigene willkürliche Selbstbestimmung und wird darum zum gleichgültigen Motiv derselben. [2]) Soweit also ein Gesetz Rechtsmittel gegen die durch erlittenen Zwang

---

mit Savigny (III, 103) hierher bezogen werden die L. 22 de ritu nupt. (23, 2): Si patre cogente ducit uxorem, quam non duceret, si sui arbitrii esset, contraxit tamen matrimonium, quod inter invitos non contrahitur, maluisse hoc videtur. Der Grund muß aus dem Obigen in Verbindung mit dem sub A Gesagten klar sein. Denn wenn der Vater auch hierzu kein Recht hat (L. 21, ib.), so läßt es doch die in der Familie herrschende Identität, verbunden mit dem auch hierbei dem Vater zustehenden Autorisationsrecht, zu keinem solchen Gegensatz kommen, daß ein Bestimmtsein eines fremden Selbst durch ein fremdes Selbst und also ein Zwang vorläge.

1) also nicht dadurch, daß ich mich an die eigene Vernunft des Individuums, also doch nur an seine Selbstbestimmung wende, durch Belehrung, Ueberzeugung u. s. w., und ebenso wenig durch eine unerhebliche oder unwahrscheinliche Drohung, weil eine solche schon durch die bloße Vernunft des Individuums — und diese wird beim Zwange ja unberührt gelassen — der die Selbstbestimmung aufhebenden Einwirkung entkleidet wird.

2) Wenn also Savigny (III, 108), um zu beweisen, daß der Zwang die Willensfreiheit nicht aufhebt, sagt: „Wenn die Freiheit durch Furcht ausgeschlossen würde, so müßte es ganz gleichgültig sein, ob diese Furcht durch das bloße Denken des Fürchtenden allein, oder durch fremde Drohung entstanden wäre, da in beiden Fällen der Seelenzustand des Fürchtenden derselbe ist“, so zeigt sich dieser Trugschluß als auf einer gänzlichen Verkennung des formellen Willensbegriffes, der nur der der individuellen Selbstbestimmung ist, beruhend.

hervorgerufenen Acte an die Hand gibt[1]), so weit beruhen dieselben allerdings auf der Auffassung des Gesetzes vom Dasein der individuellen Willensfreiheit.

---

1) Die formelle Verschiedenheit der sehr mannichfaltigen dagegen gegebenen Rechtsmittel zu untersuchen, liegt natürlich außer dem Kreis der hier möglichen Betrachtung. Nur soviel mag hier im allgemeinen sowol für Zwang als Betrug bemerkt werden, daß die Verschiedenheit dieser Rechtsmittel niemals ihren Grundcharakter aufhebt, Ausflüsse der gesetzlichen Anschauung mangelnder Willensfreiheit, i. e. mangelnder Selbstbestimmung, im erzwungenen oder durch Betrug entstandenen Vertrag zu sein. Wenn der durch wesentlichen Irrthum (mangelnden Willen) entstandene Vertrag ipso jure nichtig ist, der durch Zwang und Betrug hervorgerufene aber nicht, hier vielmehr zur Umstoßung desselben eine besondere Klage auf Rescission angestellt werden muß, so kann das auf den ersten Blick dafür zu sprechen und daher zu kommen scheinen, daß das Römische Recht keine mangelnde Willensfreiheit in dem durch Zwang oder Betrug hervorgerufenen Vertrag erblickt, hier vielmehr durch eine besondere positive Handlung jene freiwillige Vertragshandlung erst beseitigt werden muß. Dieser täuschende Schein muß aber bei näherer Betrachtung verschwinden. Denn da ich dem durch Betrug oder Zwang entstandenen Vertrag, wo dies für meinen praktischen Zweck hinreicht, auch mit der bloßen *exceptio* doli etc. begegnen kann, so ist hierin bewiesen, daß ich ihn, auch ohne ihn durch Umstoßung äußerlich zu beseitigen, als einen für mich nicht vorhandenen behandeln kann. Der wirkliche Grund, weshalb bei mangelndem Consens der Vertrag schlechthin nichtig ist, bei Zwang und Betrug aber nicht, und hier seine Umstoßung erst durch die Rescissionsklage erfolgt, ist vielmehr ein gerade dem Begriffe von der Willensfreiheit entflossener und zwar folgender: bei mangelndem Consens liegt ein gegenseitiges Misverstehen und daher von beiden Seiten kein Wille vor. Dieser Vertrag muß daher plane nichtig sein. Bei dem durch Zwang oder Betrug entstandenen Vertrag dagegen liegt seitens des Betrügers u. s. w. eine überall durch seine eigene Selbstbestimmung gesetzte Handlung vor. Für ihn muß dieselbe daher als Dasein seiner Willensfreiheit schlechthin verbindlich bleiben, wenn der Betrogene durch geänderte Umstände hieran Interesse hat. Und nur diesem kann es, da nur seine Selbstbestimmung aufgehoben worden ist, zustehen, den so entstandenen Vertrag als nicht vorhanden anzusehen (exceptio) oder auch äußerlich durch Rescissionsklage umzustoßen. Wird also der Begriff der Willensfreiheit bestimmt, als der der individuellen Selbstbestimmung, gefaßt, so erfordert er gerade diese verschiedene Behandlung des Falls. — Wol aber liegt darin, daß der Betrogene oder Gezwungene nicht zu einer Klage auf Schadloshaltung gegen die unsittliche Handlung des andern genöthigt ist (actio doli etc.), diese vielmehr nur subsidiarisch hat, und vor allem mit der gewöhnlichen Contractsklage auf Umstoßung des ganzen Geschäfts klagen kann (L. 11,

Es liegt somit bei einer nach den gesetzlichen Requisiten zur Zeit der Handlung erzwungenen Willensäußerung kein sich selbstbestimmender und somit ein unfreier, kein wahrhafter Wille vor. Wenn dies der theoretische Ausdruck der Sache ist, so kann sie praktisch so ausgedrückt werden: Der Gezwungene hat nicht die Handlung begehen, sondern sich nur durch den Schein derselben der angedrohten Gefahr entziehen wollen, auf die ihn restituirenden Gesetze rechnend (... timore coactus *fallens* adierit hereditatem). [1]) Die Anwendung späterer die Requisite des Zwangs erschwerender Gesetze würde daher wie bei B. a. ein vom Individuum Ungewolltes und durch seine freie Selbstbestimmung Widerrufliches in ein Gewolltes befestigt werden.

c. Analog verhält es sich mit den wegen dolus gegebenen Rechtsmitteln, sei es, daß diese in Klagen, Einrede oder Restitution bestehen.

Der Betrug besteht darin, daß in dem handelnden Individuum von einem andern absichtlich ein Irrthum in Bezug auf eine seinen Willen bestimmende Thatsache hervorgebracht wird. Zunächst kann wiederum die so erregte falsche Vorstellung als ein bloßes Motiv des Willens und als somit das Dasein eines freien Willens selbst nicht antastend erscheinen.

Und dies würde im allgemeinen wirklich der Fall sein, wenn die falsche Vorstellung nicht durch die andere Person erregt worden ist, wenn also Irrthum, nicht Betrug, vorliegt. [2])

Wo aber durch ein anderes Subject ein falsches Bewußtsein in dem Individuum herbeigeführt wurde, da ist es von jenem an der Wurzel seines Willens, dem Wissen, gefaßt (s. oben S. 57 fg.) und aus einem Sichselbstbestimmenden in ein von dem andern Subjecte unfrei Bestimmtseiendes herabgesetzt,

---

§. 5, de act. emt. vend.; L. 5, 8, 10 C. de resc. vend.; L. 10 C. de distr. pign.; L. 23 loc. cond. etc.), ein sehr starker Beweis dafür, daß hier nicht von einer durch positive Gesetze eingeführten Abwehr eines aus der positiven unsittlichen Handlung eines Dritten entspringenden Schadens, sondern von einer durch ihre eigene Willenslosigkeit vermittelten Unwirksamkeit der eigenen Handlung des Individuums die Rede ist.

1) L. 6, §. 7, de adquir. vel omitt. her. (29, 2).

2) Parallel wie oben beim Verhältniß der bloßen Furcht zum Zwang.

und diesem gegenüber also von einer Willensfreiheit des Handelnden nicht mehr die Rede. [1])

---

1) Wol aber leitet sich ein Unterschied zwischen Betrug und Zwang sofort aus der obigen Begriffsbestimmung ab. Beim Betruge ist die eigene Selbstbestimmung dadurch aufgehoben worden, daß nicht der Wille unmittelbar, sondern das denselben bestimmende Wissen — und erst hierdurch der Wille selbst — durch die falsche Vorspiegelung von dem fremden Subject zu einem durch seine Willkür bestimmten herabgesetzt worden ist. Indem sich die Einwirkung hier also nicht unmittelbar auf den Willen wandte, kann es erscheinen in der Freiheit des Individuums gestanden zu haben, durch einen bloßen Act seines Willens (sorgfältigere Untersuchung) den das Wissen täuschenden falschen Schein zu beseitigen. Daß dies nicht geschah, kann als die eigene Willkür des die Täuschung seines Bewußtseins zulassenden Individuums erscheinen. Wird daher die Anschauung der Willensfreiheit in consequentester Sprödigkeit schlechthin nur in das Dasein eigener Willkür gesetzt und dies soweit festgehalten, daß auch das Nichtwissen, sofern es nur auf eigener Willkür beruht, als ein gültiges Dasein persönlicher Willkür und Selbstbestimmung erscheint —, so wird in Bezug auf den durch Betrug hervorgerufenen Vertrag ein doppeltes eintreten müssen. Er wird gültig und ungültig zugleich sein. Den am Betruge schuldlosen Contrahenten gegenüber wird der Vertrag als gültig erscheinen, weil ihnen gegenüber die individuelle Selbstbestimmung des Handelnden nicht aufgehoben war, in Bezug auf sie vielmehr der Vertrag durch des Handelnden eigene und durch sie nicht hervorgerufene Willkür, sein Wissen irreleiten zu lassen, gesetzt erscheint. In Bezug auf den Betrüger aber muß er ungültig sein, weil ihm gegenüber die Handlung nach ihrer im Text entwickelten objectiven Natur zu betrachten ist, als eine durch die Bestimmung des fremden Selbst gesetzte Bestimmtheit, nicht Selbstbestimmung des Individuums. D. h. also: der Betrug wirkt nur *in personam*, nicht *in rem*. Man kann dies in einer später klarer werdenden Analogie mit einer nachfolgenden Erörterung auch so ausdrücken: Der bei dem Betrug obwaltende Irrthum wird dem Betrüger gegenüber zu einem unverschuldeten, dem dritten schuldlosen Contrahenten gegenüber aber zu dem verhältnißmäßig verschuldeten sich haben irreführen zu lassen. — Allein diese negative Selbstbestimmung gewährt doch nur den Schein einer wirklichen Selbstbestimmung, oder richtiger, wie sich schon aus genauer Betrachtung des Gesagten überall ergibt, diese Selbstbestimmung ist keine reale, sondern nur eine relative. Nur im Vergleich seines Verhältnisses zum Betrüger selbst mit seinem Verhältniß zum schuldlosen Contrahenten ist sie bei dem Betrogenen, diesem schuldlosen Contrahenten gegenüber, vorhanden. Denn blos für sich betrachtet, erscheint die Handlung nur als nicht selbstbestimmt und also nicht gewollt; nur in der relativen vergleichenden Inbezugsetzung ihrer auf die Person des Betrügers im Verhältniß mit ihrer Beziehung auf die Person des schuldlosen Contrahenten und seiner gar nicht vorhandenen Einwirkung, also nur durch diese Rela-

Alle wegen dolus gegebenen Rechtsmittel, auch die Restitutionen, können daher aus demselben Grunde wie bei a und b lediglich nach den zur Zeit der durch den dolus hervorgerufenen Handlung geltenden Gesetzen beurtheilt werden. Wir sagen: zur Zeit der hervorgerufenen Handlung, nicht: zur Zeit des verübten *dolus*. Denn beim dolus ist sehr gut denkbar, daß er selbst und die Handlung, die er zur Folge hat, zeitlich auseinanderfallen, sodaß in der Zwischenzeit ein Gesetzwechsel stattgefunden haben kann. Daß es aber dann nur auf die Gesetze zur Zeit der Handlung ankommen kann [1]), ergibt sich daraus,

---

tivität und Unterscheidung, wird die Handlung letzterm gegenüber zu einer relativ selbstbestimmten. Fällt aber der Standpunkt dieser persönlichen Relativität, indem der Betrüger rechtlich nicht mehr in Betracht gezogen werden kann, überhaupt fort, d. h. wird der Betrüger zahlungsunfähig, so muß der für sich seiende objective Charakter der Handlung wieder zum Vorschein kommen, und das in diesem Falle von dem Eingreifen der materiellen Rechtsidee (aequitas) in den Rechtsformalismus (jus) gegebene Rechtsmittel der Restitution muß dann, auch dem schuldlosen Contrahenten gegenüber wirkend, auch beim dolus eine actio in rem erzeugen (L. 3, §. 1, de eo per quem factum etc., 2, 10).

Beim Zwang ist, wie auf der Hand liegt, für alle diese Unterscheidungen gar kein Raum vorhanden. Denn die Drohung, d. h. die angedrohte Gefahr, konnte das Individuum nicht wie die Täuschung durch einen Willensact abwehren. Wo dies der Fall wäre, würde nur unerhebliche Drohung oder Drohung einer ungegründeten Gefahr, also gar kein gesetzlicher Zwang vorliegen. Der Zwang also wirkt deshalb stets in rem (L. 14, §. 3, quod metus causa, 4, 2; L. 4, §. 33, de doli mali et met. exc. 44, 4; L. 3, 5 Cod. de his quae vi metusve causa, 2, 20), nicht um seiner größern Gefährlichkeit willen, wie Savigny (S. 117) meint, die wegen der größern Häufigkeit und Leichtigkeit des Betrugs sehr problematisch erscheinen kann und womit sich auch die gerade der actio doli zugeschriebene Entehrung schlecht verträgt, sondern um des angegebenen dialektischen Unterschiedes willen, der nur beim Betrug und nicht beim Zwang platzgreift.

1) Hieran wird niemand zweifeln wollen, und dennoch würde dies schwerlich möglich sein können nach Savigny's Theorie vom dolus, nach welcher die gegen dolus und Zwang gegebenen Rechtsmittel nicht dem Dasein der Willensfreiheit entfließen, sondern nur ein positiver äußerer Rechtsschutz gegen Unsittlichkeit sind. Wäre dies der Fall, so könnten die spätern Gesetze zur Zeit der durch dolus bewirkten Handlung, namentlich wenn sie mehr oder wirksamere Mittel zur Aufhebung der Handlung an die Hand geben, als die Gesetze zur Zeit des verübten dolus, auch dem Verüber des dolus

daß erst bei der Handlung durch die von derselben verschieden gedachte wahrhafte Willensaction des Betrogenen ihm die Rechtsmittel gegen sein äußeres unfreies Thun erworben sind. [1])

---

selbst gegenüber nicht in Anwendung kommen, weil sie dann nach Art der Strafbestimmungen aufzufassen wären und also nicht rückwirken könnten, der Verüber des dolus auch behaupten könnte, daß seiner, wenn auch dolosen, Handlung die Wirksamkeit verbleiben müßte, deren sie nach den Gesetzen zur Zeit derselben fähig war.

Und umgekehrt könnten dann infolge der bisherigen Ansicht, nach welcher die Obligationen aus Delicten stets nach den zur Zeit des Delicts geltenden Gesetzen zu beurtheilen sind, die in der Zwischenzeit zwischen dem dolus und der infolge desselben eingetretenen Handlung erlassenen, den Schutz gegen dolus vermindernden Gesetze gleichfalls nicht zur Anwendung kommen wegen der delictartigen Natur des dolus. — Können gleichwol nur die Gesetze zur Zeit der durch den dolus erwirkten Handlung, nicht die Gesetze zur Zeit des dolus platzgreifen, so ist das eine sehr deutliche praktische Bestätigung, daß die Ungültigkeit nicht Wirkung eines äußern positiven Rechtsschutzes gegen Unsittlichkeit, sondern durch die bei der Handlung nicht vorhandene Willensfreiheit gesetzt ist.

1) Erst bei der obigen Analyse ist nun in einer wahrhaft consequenten und befriedigenden Weise ersichtlich, warum auch die Restitutionen wegen Zwang und Betrug — und nicht sie allein, sondern überhaupt alle Restitutionen — wahrhaft erworbene Rechte bilden; denn alle Restitutionen, sowol auch noch die wegen Irrthums, Minderjährigkeit und Abwesenheit, als auch die antiquirten wegen capitis diminutio und wegen alienatio judicii mutandi causa facta lösen sich, wie von der Restitution wegen Irrthums aus der nachfolgenden Betrachtung desselben sich ergibt, von den andern aber hier zu zeigen nicht der Ort ist — übrigens auch nunmehr von selbst auf der Hand liegt —, in die Grundidee der individuellen Willensfreiheit auf, die weder durch die eigene, noch durch die fremde ungewollte Handlung angetastet werden könne. Wird dies nicht so aufgefaßt, so ist in der That kein wirklich durchgreifender Grund vorhanden gegen die oft geäußerte Ansicht, daß die Restitution bloße Gnadensache sei und es ein auf sie zustehendes Recht nicht gebe; vgl. Burchardi, Lehre von der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, S. 7, 20, 40, 41 (Göttingen 1831), und Meyer, Principes sur les questions transitoires, S. 183 (Amsterdam 1813). Es ist daher nur consequent, wenn Meyer, weil das Recht auf Restitution nicht dem Contract selbst inhärent sei, und ebenso Weber (Rückanwendung positiver Gesetze, 1811, S. 54) ein die Restitutionen abschaffendes Gesetz auch auf die ältern Contracte einwirken läßt. Wenn Savigny (VIII, 443 fg.) die Statthaftigkeit hiervon leugnet und die Restitution für ein „wahres, erworbenes Recht" erklärt, das von dem Recht auf eine Klage oder Einrede „nur wenig in der Form verschieden sei", so ist dies zwar richtig, steht aber innerlich in einem nicht lösbaren Widerspruch

d) Seine wirkliche Aufklärung empfängt dies Gebiet aber erst, wenn nach der Gültigkeit des einfachen Irrthums, sowie danach gefragt wird, wie nach dem Vorigen dennoch Willensfreiheit bei demselben vorhanden sein könne.

Wenn die Hervorbringung einer falschen Vorstellung über die den Willen bestimmende Thatsache im Handelnden die Willensfreiheit ausschließt, warum schließt die unabhängig von einem Dritten in ihm vorhandene falsche Vorstellung seine Willensfreiheit nicht aus? Es muß hier zuvörderst an den oben (S. 92) gegebenen Begriff erinnert werden: Willensfreiheit ist individuelle Selbstbestimmung. Jede falsche Vorstellung also, wenn sie die eigene Thätigkeit des Subjects ist, erscheint

---

mit seiner Auffassung von Zwang, Betrug und Irrthum als blos äußerer, in der Willensfreiheit nicht wurzelnder, positiver Rechtswohlthaten, ohne daß seine Ausführung von der Restitution als eines objectiven Gnadenactes (VII, 117) hierin etwas ändert. Denn wie Savigny hier selbst sagt, soll auch bei Verbrechern die „rechte Begnadigung" eine solche objective sein, die nur dann eintritt, „wo von einem höhern Standpunkt aus die strenge Anwendung des Gesetzes als Unrecht erscheinen würde, mit Rücksicht auf die besondern Umstände des einzelnen Falles". Und doch würde es wol niemand einfallen, wenn heute die Gnadenbefugniß abgeschafft würde, zu behaupten, daß in Bezug auf die schon begangenen (noch nicht begnadigten) Verbrechen den Thätern ein Recht auf die Fortdauer jener Befugniß zustände. Savigny's richtiges juristisches Gefühl steht also hier mit seiner Theorie im offenen Widerspruch und zeigt nur, daß in derselben die wahre innerliche Wurzel der Restitutionen wegen Zwang, Betrug und Irrthum u. s. w. verkannt wird. — Wenn Meyer (a. a. O., S. 185) die sofortige Einwirkung eines die Restitutionen überhaupt abschaffenden Gesetzes auch damit begründet, daß dann ja gar keine Procedurform für dieselben gesetzlich gegeben sei, so würde Savigny aus seiner Theorie über die Rückwirkung heraus dies um so weniger widerlegen können, als vielmehr nach derselben in diesem Falle ja die Aufhebung eines ganzen Rechtsinstituts vorläge und somit allerdings nach ihm die aufhebenden Gesetze rückwirken müßten. Er befindet sich also auch hierbei, durch sein richtigeres Gefühl, wie im Widerspruch mit seiner Theorie vom Zwang, Betrug und den Restitutionen, so auch im Widerspruch mit seiner Theorie von der Rückwirkung.

Wenn Weber endlich sogar a. a. O. ein die Restitutionen einführendes oder erweiterndes Gesetz auf frühere Verträge anwenden will, so erledigt sich dies schon durch die einfache Betrachtung, daß dann seitens des andern Contrahenten der Fall vorläge, daß spätere Gesetze auf seine frühere individuelle Handlung verändernd einwirken.

gleichfalls als seine individuelle Selbstbestimmung, erscheint somit als ein Act seiner Freiheit, und zwar gerade als die Gewähr seiner unbeschränkten willkürlichen Freiheit, nicht als die Aufhebung derselben.

Denn wir befinden uns hier ja in dem Gebiete der formellen Freiheit oder der Privatwillkür, wo auch der willkürliche Wille seine volle Gültigkeit hat. Das Subject ist hier nicht gezwungen, das Wahre zu wissen und zu wollen. Es hat auch das formell-willkürliche Recht, sich um die Wahrheit nicht zu bekümmern, die Objectivität nicht zu untersuchen und sein Bewußtsein mit ihr nicht in Uebereinstimmung zu setzen. Diese Sorglosigkeit ist also eine ihm zustehende Selbstbestimmung des Individuums, und deshalb ist die falsche Vorstellung, die es selbst sich bildet, weil eigene Thätigkeit seines Geistes, auch als seine individuelle Selbstbestimmung und somit als Dasein seines freien Willens aufzufassen. Hiermit ist also nachgewiesen, wie, wenn ein anderes Subject rechtswidrig bestimmend in den Willen des Individuums eingreift (Betrug und Zwang), von dem Dasein eines freien Willens des letztern nicht mehr die Rede sein kann, während die selbst producirte falsche Vorstellung vielmehr ein Dasein individueller Selbstbestimmung ist und daher als solche den freien Willen noch nicht aufhebt.

Vergleichen wir die bei einer Willenshandlung concurrirende falsche Vorstellung mit dem oben (B. a.) betrachteten Falle des mangelnden Willens, so ist zunächst der Unterschied folgender: dort ist der obwaltende Irrthum derart, daß der Inhalt des Wollens selbst und der Inhalt des Thuns auseinanderfallen und andere gegeneinander sind, wonach also eine ungewollte äußere Handlung vorliegt, die um des nicht vorhandenen Willens halber kein gültiges Dasein hat, wie z. B. wenn ich eine andere Person heirathen wollte und eine andere geheirathet habe, oder wenn ich Wein kaufen wollte und Essig gekauft habe. [1])

Anders wenn ich einer Person etwas schenkte, um sie für irrigerweise vorausgesetzte Dienste, die sie mir in der That nicht erwies, zu belohnen [2]), oder wenn ich eine Sache um ihres irri-

1) L. 9, de contr. emt. (18, 1).

2) L. 65, §. 2, de cond. indeb. (12, 6).

gerweise von mir angenommenen Werthes willen kaufte und sie diesen Werth nicht hat; denn hier wollte ich eine bestimmte Person beschenken und eine bestimmte Sache kaufen, und habe diese bestimmte Person beschenkt und diese bestimmte Sache gekauft. Wollen und Thun waren hier also identisch, und nur der Beweggrund, der zum Wollen antrieb, war ein irriger.

Hieraus hat man also die Regel entwickelt, nur auf den Inhalt des Willens und ob er mit dem Thun identisch sei, nicht auf den Beweggrund des Willens käme es an.

Dies ist zwar, wie wir soeben sahen, von einer gewissen Richtigkeit. Allein es darf hierbei nicht stehen geblieben werden. Es muß vielmehr sofort weiter gegangen und gesagt werden: die Beweggründe können zu dem Inhalt des Willens in einem solchen Verhältnisse stehen, daß sie ihn decken und mit ihm identisch sind — in welchem Falle dann bei einem Irrthum in den Beweggründen zu einer Handlung ein mangelnder Wille zur Handlung selbst vorliegt —; sie können aber auch als ihn nicht deckend und mit ihm nicht identisch erscheinen. Mit andern Worten: die Beweggründe — und ihre die Entschließung entscheidende Einwirkung — stehen in einem rein **quantitativen** Verhältniß zum Willen selbst.

Hieraus entspringt erstens, daß, was ein Irrthum in den Beweggründen ist, auch als ein Irrthum in dem Inhalt des Willens — in der vollzogenen Handlung — sich darstellen kann, sowie umgekehrt auch was als ein Irrthum im Inhalt des Willens ausgedrückt werden kann, wieder nur als ein bloßer Irrthum in den Beweggründen erscheint, oder daß der unechte Irrthum (wie Savigny den error in persona, in corpore und in substantia zusammenfaßt) und der echte Irrthum, soweit ihn nämlich das Gesetz als wirksam anerkennt, eine durchaus ineinander übergehende Natur haben.

Dies zeigt sich z. B., um zuvörderst den echten Irrthum zu betrachten, bei den vorausgesetzten Eigenschaften, um derenwillen ich einen Gegenstand kaufe. Außer in sehr wenigen Fällen ist im Römischen Recht der Irrthum in den Eigenschaften wirkungslos, weil er als bloßer Irrthum im Beweggrund gedacht wird. Kaufe ich aber eine Sklavin statt eines Sklaven, so soll (auch ohne Verschulden des Verkäufers)

der Irrthum wirksam, und zwar ein echter, wesentlicher Irrthum sein.[1]) Der Grund soll, wie Savigny mit Recht angibt, darin liegen, daß, weil Sklavinnen nur zur häuslichen Arbeit, Sklaven aber zur Feldarbeit und Fabriken benutzt werden konnten, hier nicht ein bloßer Irrthum im Beweggrund, sondern durch die ganz verschiedene Benutzungsart ein Irrthum in der gekauften Sache selbst vorliegen soll.[2]) Es läßt sich in der That sagen, daß ich hier eine ganz andere Nutzbarkeit gekauft habe, als ich kaufen wollte. Allein einerseits stellt die Benutzungsart doch wiederum nur einen Beweggrund des Kaufens dar, und andererseits, wenn ich umgeschlagenen Wein statt guten kaufe, so liegt kein wirksamer Irrthum vor[3]), und doch ist der Unterschied in der Benutzungsart und somit in der Sache hier, da umgeschlagener Wein höchstens zum Kochen verbrauchbar oder gar nicht verbrauchbar sein wird, noch weit größer als bei Sklaven und Sklavinnen.

Wenn Sejus mir ein Darlehn gibt, von dem ich glaube, daß es von Gajus kommt, so entsteht keine Darlehnsobligation (hoc enim nisi inter consentientes fieri non potest).[4]) Hierin wird vielmehr mit Recht ein Irrthum in der Person, d. h. ein unechter Irrthum, ein mangelnder Wille erblickt (siehe Savigny, III, 270). In der That wollte ich mit dieser Person gar nicht contrahiren. Das Geld aber kann Sejus doch nur mit einer für den Irrthum im Beweggrund gegebenen Klage, mit einer condictio ob causam datorum wiederfordern (der Iuventiana condictio). In der That hat Sejus nur einen Irrthum im Beweggrund begangen und nur um dessenwillen kann er überhaupt zurückfordern; denn er kann das Geld, dessen er sich freiwillig entäußert hat, nur zurückfordern, weil bei dieser Entäußerung sein Beweggrund nicht der war, mir zu schenken, sondern der, mir zu leihen.

Die Fälle, in welchen Anfechtungsklagen wegen eines irrigen Beweggrundes gegen ein Rechtsgeschäft gegeben sind — die ädi-

1) L. 11, §. 1, de contr. emt. (18, 1).
2) Savigny, a. a. O., III, 282.
3) L. 9, §. 2, de contr. emt. (18, 1).
4) L. 32, de reb. cred. (12, 1).

licischen Klagen und die Condictionen —, sollen als rein positive Ausnahmen erscheinen.[1]) Die ädilicischen Edicte verfügen, daß der Käufer von Sklaven und Vieh bei gewissen, nicht in die Augen fallenden Fehlern (vitium und morbus) auch gegen den venditor ignorans den Kauf aufheben könne, und dies wurde später auf alle Arten von Sachen, bewegliche wie unbewegliche, ausgedehnt. So kann also z. B. ein Sklave, dessen Gewohnheit es ist, seinem Herrn zu entfliehen oder auch nur umherzulaufen (fugitivus errove), oder ein krankes Thier von dem Käufer zurückgegeben werden. Aber es liegt auf der Hand, daß dieser Irrthum in den Beweggründen des Kaufs vielmehr ein Irrthum in den Eigenschaften des gekauften Gegenstandes, und zwar wiederum ein Irrthum in der gekauften Nutzbarkeit ist, sodaß er also, sollte er einmal aufhebende Wirkung haben, ebenso gut wie der Irrthum beim Ankauf einer Sklavin statt eines Sklaven als ein wesentlicher Irrthum (error in substantia) hätte behandelt werden können. Nicht also die Grundidee der ädilicischen Edicte selbst, sondern nur die zwei Arten von Sachen, auf welche sie ursprünglich ihre Verfügung einschränken, und die besondere Form, in der sie Abhülfe gewähren, bilden das Positive daran.[2])

---

1) Savigny, a. a. O., III, 359.

2) Dies zeigt sich ja auch ganz deutlich an dem bereits angeführten Umstande, daß die Bestimmungen der ädilicischen Edicte durch die römische Jurisprudenz später auf die civilrechtlichen Contractsklagen und auf alle Arten von Gegenständen übertragen wurden. Und wenn Savigny (S. 359) in der Unzulässigkeit der Contractsklage für die Fälle der ädilicischen Klagen einen Beweis der bloßen Positivität derselben sieht, so muß vielmehr erwidert werden, daß diese Unzulässigkeit nicht einmal überall statthatte. Denn in der L. 13, §. 1, de actionibus emti et vend. (19, 1), heißt es ausdrücklich: Item qui furem vendidit, aut *fugitivum, si quidem sciens* praestare debet, quanti emtoris interfuit non decipi, si quidem *ignorans fecit*, id tantum ex emti actione praestiturum, quanto minoris essem emturus, si id ita esse sciissem. Diese Stelle gewährt also ihrerseits einen starken Beweis für die von uns entwickelte Ansicht; vgl. L. 11, §. 6 und 7, de act. emt. Und einen ebenso starken bietet die L. 19, locat. cond. (19, 2) dar, wo Ulpian sagt: §. 1. „Si quis dolia vitiosa *ignarus* locaverit, deinde vinum effluxerit, tenebitur in id, quod interest, *nec ignorantia* ejus erit excusata; et ita Cassius scripsit. Aliter atque si saltum pascuum locasti, in quo herba mala nascebatur, hic enim si pecora vel demortua sunt vel etiam deteriora facta, quod interest, praestabitur, *si sciisti; si ignorasti, pen-*

Wenn ich eine Summe zahle, weil ich sie schuldig zu sein glaubte, wenn ich eine dos vorausgezahlt habe und die Ehe dann nicht zu Stande kommt [1]), wenn ich wegen abhanden gekommener Sachen dem Berechtigten eine Entschädigung zahle und die Sache dann wieder in seinen Besitz gelangt [2]), so habe ich die *condictio* indebiti, die condictio ob causam datorum, die condictio sine causa. In der That ist in allen diesen Fällen das Verhältniß des Motivs zu der Handlung ein solches, daß die Handlung nur die einfache Ausführung des Motivs ist und durch den Irrthum in demselben die Art der Handlung sich ändert. Ich wollte zahlen, ich wollte eine dos constituiren, ich wollte entschädigen — und ich habe geschenkt. Nicht dies ist der Fall bei dem schon oben angeführten Beispiel, wenn ich wegen vorausgesetzter Dienste jemanden lohnen wollte und diese Dienste auf einem Irrthum von mir beruhten. Denn belohnen heißt rechtlich gleichfalls schenken, nur schenken aus einem bestimmten Grunde, und indem ich geschenkt habe, ist die rechtliche Art der Handlung dieselbe geblieben. [3])

Es geht also auch bei den Condictionen der Beweggrund dazu über, die gesammte Natur der Handlung zu er-

---

sionem non petes; et ita Servio, Labeoni, Sabino placuit." Am deutlichsten wird hier Savigny von dem zweiten Falle widerlegt, für welchen gerade sich Ulpian auf die Ansicht der alten Juristen beruft. Bei der Unwissenheit des Vermiethers soll hier, im Gegensatz zu dem ersten Beispiel, kein Ersatz des eingetretenen Schadens von ihm zu leisten sein. Der Fall wird also nicht einmal als culpa behandelt. Allein den Miethzins soll er doch nicht fordern können, und zwar soll ihm dieser durch bloße exceptio in der gewöhnlichen Contractsklage wegen Irrthums über die Brauchbarkeit des vermietheten Gegenstandes trotz des Contractes verweigert werden.

1) L. 6, 7, 9, de condictione causa data c. non sec. (12, 4).

2) L. 2, de condict. sine causa (12, 7).

3) Irrthümlich würde man versuchen, eine Unterschiedenheit der Art in dieser Handlung etwa durch folgende Fassung herzustellen: Ich habe belohnen wollen — und habe verschleudert. Denn wie belohnen rechtlich nur heißt: schenken mit Grund, so heißt verschleudern nur schenken ohne Grund. Durch diese Ausdrucksweise wären also nur die Worte, nicht die Sache, geändert.

schöpfen und durch seinen Irrthum die geschehene Handlung zu einer ungewollten zu machen. [1])

1) Es ist hier der Ort nachzuweisen, warum der Irrthum beim Kaufen oder Miethen über den Werth (Preis) einer Sache niemals den Kauf ungültig machen kann. Es wird sich dabei zeigen, daß der Irrthum über den Werth auch nicht einmal einen Irrthum im Beweggrund darstellt. Hiermit wird aber folglich dargethan sein, daß man sich der Gleichgültigkeit, mit welcher alle Gesetzgebungen höchst vernünftigerweise den Irrthum über den Werth der Sache behandeln, durchaus nicht, wie Savigny überall thut (vgl. z. B. III, 345, 355), als eines gegen die Bedeutung des Irrthums im Beweggrund sprechenden Arguments bedienen kann.

Der Grund, weshalb die Gesetzgebungen den Irrthum im Werth (Preis) als einflußlos ansehen und ansehen müssen — obwol der Werth zunächst doch auch eine Eigenschaft der Sache und besonders nach heutigen Begriffen eine sehr wesentliche zu sein scheint —, beruht auf einem ökonomischen Gegensatz und Gedankengesetz, und wahrscheinlich deshalb haben ihn die Juristen nie zu begreifen vermocht, obwol das dunkle Gefühl der Völker ihm stets seine gehörige Wirksamkeit eingeräumt hat. Wer kaufen will, hat den Tauschwerth (Geld) in seiner Hand, und dessen will er sich gerade entäußern, um dafür einen bestimmten Nutzwerth zu bekommen (eine reale Sache, Holz, Fleisch, Werkzeug u. s. w.). Wenn also der Käufer nur die bestimmte Art von Nutzwerth (Brauchbarkeit) bekommt, die er wollte, so ist der Gedanke der Handlung erschöpft, der nothwendige Beweggrund des Käufers vollständig ausgeführt. Wie sich dieser reale Nutzwerth verhalten würde, wenn man ihn nicht benutzt, sondern wieder einmal auf sein Gegentheil, den Tauschwerth, beziehen wollte (verkaufen), das ist eine ganz außerhalb dieser Operation liegende und ihr ganz fremde Frage, die selbst durch die eigene Natur der Handlung ausgeschlossen erscheint; denn der Käufer zeigte in dieser, er wolle eben nicht Tauschwerth haben — diesen gab er vielmehr auf —, sondern Nutzwerth, dessen Dasein durch sein Verhältniß zum Tauschwerth nicht im geringsten berührt wird. — Dieser Grundsatz kann hart und drückend erscheinen, und darum vielleicht zu weichen anfangen in einer Zeit, wo durch die Gestaltung der ökonomischen Zustände, durch die Entwickelung von Handels- und Creditleben fast alle Dinge entweder wirklich immer und immer wieder aufs neue durch ihre Geldform hindurchkreisen, oder wo wenigstens die Fähigkeit derselben, sich mit dieser zu vergleichen, zu ihrem hauptsächlichsten Dasein geworden ist, zu einer Zeit also, wo die Wichtigkeit der realen Körperlichkeit der Dinge und ihrer Benutzbarkeit fast zu einem Schatten zu verblassen und dagegen der Schatten, die Figur, welche ein Ding bei der Beziehung auf ein außerhalb seiner liegendes Medium wirft — der Tauschwerth — zu seinem Körper zu werden anfängt; aber er bleibt darum nicht weniger streng logisch und juristisch.

Daß dies nun der wirkliche Grund ist, beweist sich ferner auch darin, daß, wenn ich einen Gegenstand kaufe, dessen Bestimmung es nicht ist, als

Die Frage also, ob die Beweggründe den Inhalt des Willens erschöpfen und, seine Entschließung bestimmend, sein Da-

---

Nutzwerth', sondern gerade immer als Tauschwerth zu figuriren, allerdings unter Umständen wegen mangelnden Tauschwerths ein für wesentlich erklärter Irrthum vorliegt. So bei den edeln Metallen, wenn ich Blei kaufe für Silber oder Bronze für Gold (L. 9, §. 2; L. 10; L. 14; L. 41, §. 1, de contr. emt. 18, 1). Die edeln Metalle haben eben die Bestimmung, daß sie nicht als reale Nutzwerthe, sondern stets nur als Träger von Tauschwerth in Betracht kommen. Dies ist aber nicht nur der Fall, wenn ich Silber und Gold in Barren kaufe, welche Handlung keinen andern Zweck haben kann, als diese Metalle wieder gegen andere Gegenstände umzusetzen oder für spätern Umsatz aufzuspeichern — wobei also stets ihr Tauschwerth es ist, der die Absicht und den Beweggrund meiner Handlung ausmacht —, sondern ebenso wenn ich goldene und silberne Geräthschaften kaufe. Denn diese sind zur Pracht bestimmt, und Pracht ist wieder nur: Schaustellung von müßig liegendem Tauschwerth, sodaß ohne diesen auch der Gebrauch zur Pracht nicht möglich ist. — Diese Bestimmung über die edeln Metalle stellt also gleichfalls nicht eine Ausnahme, sondern eine consequente Fortführung des Gedankens dar.

Bin ich aber beim Ankauf einer Sache in ihrem Nutzwerth durch einen heimlichen Fehler verkürzt, so ist der Kauf allerdings ungültig, und dies besorgen eben die ädilicischen Klagen, z. B. wenn das gekaufte Grundstück an schädlichen Ausdünstungen leidet (Ulpian, L. 49 de aed. ed. 21, 1), oder eine vermiethete Weide nur schlechte Kräuter hervorbringt (Ulpian, L. 19 locat. cond. 19, 2, und L. 4 Cod. de aed. ed.), oder wenn ein Ochse stößig ist (Paulus, L. 43 de aed. ed.), oder wenn vermiethete Fässer schadhaft sind, sodaß sie den Wein durchlassen (L. 19 loc. cond.), oder mit einem Worte, wie Ulpian am richtigsten und allgemeinsten den Gedanken der Sache heraushebt: „proinde si quid tale fuerit vitii seu morbi *quod usum ministeriumque* hominis *impediat, id dabit redhibitioni locum*" (L. 1, §. 8, de aed. ed.); sodaß hiernach Savigny sehr unrecht hat zu sagen (III, 359), es seien die Klagegründe bei den ädilicischen Klagen „sehr eigenthümlich und willkürlich bestimmt". Sie entfließen vielmehr, wie die zuletzt angeführten kategorischen Worte Ulpian's zeigen, durchaus dem zum Tauschwerth im Gegensatz stehenden Gedanken des Nutzwerths der Sache und erschöpfen denselben. Diesen Worten Ulpian's ist auf das richtigste und schärfste der Art. 1641 Code civil nachgebildet: „Le vendeur est tenu de la garantie à raison des défauts cachés de la chose vendue qui *la rendent impropre à l'usage auquel* on la destine, ou qui diminuent tellement cet *usage* que l'acheteur ne l'aurait pas acquise ou n'en aurait donné qu'un moindre prix s'il les avait connus." Es zeigt sich jetzt also als ein großer und folgenreicher Irrthum Savigny's, wenn derselbe (III, 355) als Princip aufstellt, der durch Irrthum veranlaßte Vertrag bleibe gleicherweise gültig, „der Irrthum möge nun den Werth oder die Brauchbarkeit des Gegenstandes betreffen" u. s. w., und hierauf dann die ädili-

sein selbst in sich enthalten, oder die Frage nach dem Verhältniß der Beweggründe zum Wollen ist, wie wir sahen, eine

---

cischen Klagen als eine bloße positive Ausnahme von dieser Regel betrachtet. Denn es ist jetzt evident, 1) daß man überhaupt die Gleichgültigkeit des Irrthums im Preise gar nicht einmal als Argument für die Gleichgültigkeit des Irrthums im Beweggrund gebrauchen kann, weil der Irrthum im Werth nachgewiesenermaßen durchaus keinen Irrthum auch nur im Beweggrund darstellt; 2) daß man überhaupt nicht so vom Irrthum im Werth und in der Brauchbarkeit des Gegenstandes als von parallelen Dingen sprechen und sie identificiren kann, da sie vielmehr Dinge von schlechthin entgegengesetzter Natur sind; 3) daß nicht das Princip gilt, wie Savigny will, der Irrthum in der Brauchbarkeit sei gleichgültig und die ädilicischen Klagen seien eine Ausnahme hiervon, sondern umgekehrt das Princip gilt: der Irrthum in der Brauchbarkeit des Gegenstandes entkräftet den Vertrag und einerseits die hierherschlagenden Fälle des wesentlichen Irrthums, andererseits die Einführung und doctrinelle Ausbildung der ädilicischen Klagen im Römischen Recht das Dasein und die Entwickelung dieses Princips sind.

Damit diese Demonstration vollständig sei, müßte noch erwiesen werden, daß die Rescisionsklage bei verkauften Grundstücken wegen Verletzung im Preis ultra dimidium durchaus nicht eine Ungültigkeit wegen Irrthums im Preise darstellt, in welchem Falle sie unsere obige Ausführung widerlegen würde. Dies Gesetz beruht aber vielmehr auf einem sittlich-ökonomischen Gedanken. Daß es nicht an einen Irrthum im Preise denkt, geht klar daraus hervor, daß dann der Käufer wie Verkäufer des Grundstücks dies Recht haben müßten. Ja dies müßte hier gerade nur für den Käufer gelten, da der Verkäufer seine Sache kennen muß. Gleichwol hat gerade nur der Verkäufer dies Recht; dasselbe beruht also gar nicht auf einem unterstellten Irrthum im Werth, sondern darauf, daß der Käufer die Noth eines Verkäufers nicht unsittlich misbrauchen soll. Es gehört nach seiner Grundanschauung zu den Wuchergesetzen. In Noth aber kann nur der Verkäufer sein, weil dieser, wie groß auch sein Reichthum an Nutzwerthen sei, sich in Verlegenheit wegen mangelnder Zahlmittel, die nur im allgemeinen Tauschwerth (Geld) bestehen, befinden kann. Bei dem Käufer aber, da dieser gerade mit dem allgemeinen Tauschwerth bewaffnet erscheint und diesen vielmehr gegen eine bestimmte Nutzbarkeit, deren Erwerb immer nur Sache der völlig freien Wahl ist, hingeben will, ist durch seine Lage selbst die Möglichkeit der Noth ausgeschlossen. (Es muß auch noch bemerkt werden, daß, wenn seitens des Käufers der Tauschwerth weder als Object noch Beweggrund der Handlung erscheint, weil er sich des Tauschwerths gerade entäußern will, um dafür Nutzwerth zu erlangen, dies nicht seitens des Verkäufers gilt. Dieser will vielmehr Nutzwerth in Tauschwerth verwandeln. Als sein Beweggrund und Object seines Willens erscheint also allerdings gerade dies, Tauschwerth an sich zu bringen, und ist er hierin — im Preise — wesentlich verkürzt, so erscheint die Rücksicht

quantitative. Und weil sie eine quantitative ist, so liegt hier, innerhalb dieser quantitativen Grenze, der Punkt vor, wo das Positive der verschiedenen Gesetzgebungen eingreifen und bestimmen wird, wo und wo nicht das Quantitative der bloßen Beweggründe in das Qualitative des Willensactes überzugehen anfängt. [1])

---

hierauf seinerseits keineswegs durch die logische Natur seiner Handlung ausgeschlossen, da er nicht wie der Käufer in dem verletzt ist, dessen er sich entäußern, sondern in dem, was er erwerben wollte.) Wie oft daher auch Glossatoren und juristische Schriftsteller, die ökonomische Natur der Sache miskennend, das berühmte Gesetz des Diocletian und Maximinian (L. 2 Cod. de resc. vend. 4, 44) auch auf den Käufer auszudehnen versuchten, so sind doch Gesetzgebungen durch ihren praktischen Takt stets davor bewahrt worden, und es ist uns nur eine einzige erinnerlich, welche jenes Misverständniß des römischen Gesetzes so weit trieb, es auch auf den Käufer ausdehnen zu wollen, das piemontesische Recht vor der französischen Revolution nämlich, welches, nach mehrfachen Entscheidungen des Turiner Senats, durch eine Verordnung von 1770 ausdrücklich auch dem Käufer dies Recht beilegte.

Ganz anders aber verhält sich dies im Allg. Landrecht. Denn indem hier (Thl. 1, Tit. 11, §. 58—69) gerade nur dem Käufer das Anfechtungsrecht wegen laesio enormis eingeräumt wird, erscheint dieselbe hier consequent aufgefaßt als ausnahmsweise Ungültigkeit wegen Irrthums im Beweggrunde (wie dies in §. 59 das. auch ausdrücklich ausgesprochen; es wird dieser Zug also noch der bald folgenden vergleichenden Unterscheidung hinzuzufügen sein). Und wie unlogisch und unjuristisch auch an und für sich eine solche Auffassung erscheinen mag, so ist sie doch sehr begreiflich in einer Zeit, wo durch die Aenderung der Culturzustände der Tauschwerth einer Sache zu dem alle andern Eigenschaften absorbirenden Wesen derselben geworden ist, und, indem in der kreisenden Circulation beständig alle Dinge immer aufs neue durch die Form des Geldes hindurchgejagt werden, auch ihr hauptsächlicher Nutzwerth in ihrer Vertauschbarkeit und also in ihrem Tauschwerth oder Geldpreis zu bestehen angefangen hat. Nur aus dieser veränderten ökonomischen Lage der Dinge sind diese Bestimmungen des Allg. Landrechts zu erklären.

1) Das innerste Verständniß dieses Satzes kann sich nur aus der Lehre der speculativen Logik über das Verhältniß der Quantität zur Qualität ergeben. — Soviel aber wird von selbst klar sein, daß stets, wo in einem Rechtsgebiete quantitative Bestimmungen erforderlich werden, die Fixirung derselben positiv ist, ohne deshalb das Rechtsgebiet selbst zu einem positiven zu machen. So haben alle Strafbestimmungen im Strafgrad eine quantitative Natur, ohne daß es deshalb jemand einfallen wird, das Strafrecht für nur positives Recht zu erklären. Auch wenn man, was allerdings richtig

Soweit aber die positiven Gesetzgebungen über dieses quantitative Verhältniß Festsetzungen treffen und Grenzbestimmungen

---

wäre, die quantitative Bestimmung als eine Modification der Grundanschauung nachwiese, wäre hierdurch nichts geändert. Die Ehe gilt nirgends als ein blos positives Recht. Deswegen hat sie doch im Recht der verschiedenen Völker die größten, eine Entwickelung ihrer Grundanschauung darstellenden Modificationen empfangen. — Werden denn nun die verschiedenen quantitativen Bestimmungen in unserm Gebiete mit einer bestimmten geistigen Grundanschauung in Verbindung zu setzen sein, sodaß sie sich als die von dieser Grundanschauung gesetzten Modificationen erweisen? Allerdings, und diese wird folgende sein: Je weiter, härter und ausgebreiteter eine Gesetzgebung das Recht der Person auf Willkür auffaßt, desto geringere Kraft wird sie dem Irrthum im Beweggrund, desto größere Gültigkeit also der irrigen Handlung einräumen. [Die innere Wahrheit dieses scheinbar sehr paradox klingenden Satzes ergibt sich aus dem oben (S. 92 fg. und Anm. 1 zu S. 95) entwickelten Begriff, und wird sich bei der Unterscheidung des factischen und Rechtsirrthums bald noch deutlicher herausstellen.] Dieser Satz — der sich schon an der Geschichte des Römischen Rechts selbst nachweisen ließe — bestätigt sich nun auch im allgemeinen durch das Verhältniß der neuern Gesetzgebungen zum Römischen Recht. Denn hieraus entspringt es, daß die neuern Gesetzgebungen, wenn sie auch nicht überall ganz consequent zu Werke gehen, den Irrthum weit milder behandeln, d. h. dem irrigen Beweggrund eine viel weniger bedingte und eine größere Wirksamkeit zur Aufhebung der Handlung einräumen, als das Römische Recht. Savigny (III, 469) bezieht sich zwar auf das Allg. Landrecht in dem Sinne, daß es in Thl. 1, Tit. 4, §. 148 fgg., seiner Ansicht entsprechend jeden Irrthum im Beweggrunde — außer bei dem blos lucrativen Act oder bei dem Hinzutreten von dolus — für gleichgültig erklärt habe. Allein er läßt hierbei unberücksichtigt, daß das Allg. Landrecht (das. §. 145) eine Definition des Ausdrucks: Beweggrund, aufstellt, die also lautet: „Wird bei einer Erklärung eine gewisse Begebenheit oder Thatsache als eine solche, die schon geschehen ist, oder noch geschehen soll, blos vorausgesetzt, so ist sie nur als ein Bewegungsgrund anzusehen" [diese falsa causa hatte aber auch im Römischen Recht keine Wirkung (§. 31 Inst. de legib. (2, 20), L. 17, §. 2, L. 72, §. 6, de condit. (35, 1), L. 1, §. 8, de dote prael. (34, 4)], und soweit etwa durch diese ganz allgemeine Ausschließung der thatsächlichen Bewegungsgründe der Digestentitel de condictione causa data causa non secuta aus dem Allg. Landrecht ausgeschlossen erscheinen könnte, ist er doch wieder durch die weitere Fassung der condictio indebiti (Thl. 1, Tit. 16, §. 166 fgg.) in dasselbe hineingebracht. Dagegen ist durch jene Definition die Möglichkeit ausgeschlossen, die Eigenschaften eines Gegenstandes als solchen die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts nicht ausschließenden Beweggrund anzusehen, während im Römischen Recht, wie Savigny selbst lehrt (III, 304), dies mit Ausnahme sehr weniger beschränkter Fälle allerdings stattfand. Das Allg. Landrecht erklärt vielmehr ausdrücklich (Thl. 1,

darüber angeben, wo das Quantitative des Beweggrundes in das Qualitative des Willensactes übergehe [1]), soweit sie mit andern

Tit. 4, §. 81): „Irrthum in solchen Eigenschaften der Person oder Sache, welche dabei gewöhnlich vorausgesetzt werden, entkräftet ebenfalls die Willenserklärung." Da es also bei einer solchen Untersuchung doch nicht auf die Worte, sondern auf die Sache ankommt, und da bei Käufen und andern Rechtsgeschäften der Beweggrund gerade in der Regel in der vorausgesetzten Eigenschaft des Gegenstandes besteht (ohne daß doch durch das Nichtvorhandensein derselben der Gegenstand zu einem Gegenstande anderer Gattung und Art wird, in welchem Falle allein im Römischen Recht ein error in corpore und in substantia vorliegt; vgl. Savigny, S. 283), so muß vielmehr gesagt werden, daß das Allg. Landrecht das Einwirken irriger Beweggründe auf die Aufhebung der Handlung bedeutend gegen das Römische Recht erweitert habe. Ja sogar der Irrthum in allen, auch den gewöhnlich nicht vorausgesetzten Eigenschaften einer Person oder Sache vereitelt die Willenserklärung, wenn die Voraussetzung eine ausdrückliche war (Allg. Landr., das. §. 77) und also die den Willen bestimmende Einwirkung des Motivs nur ganz feststeht. Ferner soll bei blos lucrativen Erklärungen die Willenserklärung nie kräftig sein, „sobald erhellet, daß der ausdrücklich angeführte irrige Beweggrund die einzige Ursache der Willenserklärung gewesen sei" (das. §. 150).

Das französische Recht ist gleichfalls und in noch höherm Grade milder als das römische. Es erklärt für eine Ursache der Ungültigkeit jeden Irrthum sur la substance und überläßt die nähere Explication dieses Begriffs gänzlich der Jurisprudenz. Diese aber hat ihrerseits denselben dahin erweitert, daß auch jeder Irrthum im Beweggrund dahinein fällt, wenn ersichtlich ist, daß er das den Willen determinirende Motiv gewesen ist; vgl. Duvergier, De la Vente, No. 144: „En outre la nullité peut résulter de l'absence des qualités . . . mais pour cela il faut que les *circonstances* ou les expressions mêmes de l'acte démontreut que les parties ont considéré ces qualités comme motif *déterminant* de la vente; en d'autres termes qu'elles n'auraient pas contracté, si elles avaient su que ces qualités n'existaient pas." Pardessus, Cours de droit comm., No. 148: „En un mot l'erreur sur les *qualités ou autres accessoires* est réputé substantielle et rend la convention nulle dans l'intérêt de celui *qui la prenait en considération lorsqu'il contractait.*" Und außerdem erklärt die französische Jurisprudenz einstimmig, daß der Rechtsirrthum ebenso sehr die Obligationen annullire als der factische; vgl. Duranton, Thl. 10, Nr. 127; Merlin, Rép., v° Testament, Sect. 2, §. 5; Toullier, Thl. 6, Nr. 58; Delvincourt, II, 460; Vazeille, Successions, Art. 887, No. 2.

1) In manchen Fällen setzen die neuern Gesetzgebungen an die Stelle der positiven Bestimmung den oben entwickelten Begriff selbst; so z. B. das Allg. Landrecht in dem bereits ang. §. 150 (Thl. 1, Tit. 4), wo es die lucrative Willenserklärung für ungültig in dem Falle erklärt, „sobald er-

Worten Mittel zur Entkräftung einer Handlung wegen echten Irrthums (durch irrigen Beweggrund vermittelten Willensmangel), Betrug und Zwang angeben, soweit wird man also sagen müssen, daß — mögen diese Mittel nun in der Nichtigkeit ipso jure, in der Klage oder Exception oder in der Restitution bestehen — dieselben in dem betreffenden Rechtssystem nicht auf äußerer Billigkeit, sondern auf der Anschauung nicht vorhandenen Willensdaseins in der zu entkräftenden Handlung beruhen. [1])

---

hellet, daß der ausdrücklich angeführte irrige Bewegungsgrund die einzige Ursache der Willensäußerung selbst gewesen sei". — In der Regel wird von den neuern Gesetzgebungen diese Bestimmung als einschränkende Grenze für die durch den Irrthum in der Person hervorgerufene Ungültigkeit angeführt. So das Allg. Landrecht in §. 76 das.: „Ein Gleiches gilt von einem Irrthum in der Person desjenigen, für welchen aus der Willenserklärung ein Recht entstehen soll, sobald aus den Umständen erhellt, daß ohne diesen Irrthum die Erklärung solchergestalt nicht erfolgt wäre." Und der Code Nap., Art. 1110: „L'erreur *n'est point une cause de nullité*, lorsqu'elle ne tombe que sur la personne avec on a l'intention de contracter, *à moins* que la considération de cette personne ne soit la *cause principale de la convention.*" Anders verhielt es sich hierin im Römischen Recht; da der Irrthum in der Person zu dem sub B. a. behandelten gehört, in welchem der Wille ein anderer als die geschehene äußere Willenshandlung selbst ist, war hier, worin man Savigny, S. 279 fg., beipflichten muß, jeder obligatorische Vertrag bei Verwechselung des einen Contrahenten für den andern nichtig, wenn derselbe auch gar keine Verletzung seines Interesses durch die Personenverwechselung erlitt. — Hier ging also das Römische Recht in der dem Irrthum gegebenen aufhebenden Wirkung weiter als die modernen Gesetzgebungen, und dies scheint gegen das in der vorigen Anmerkung hierüber Gesagte zu sprechen. Bei richtiger Auffassung aber bestätigt es vielmehr nur die dort gegebene Grundanschauung. Es ist nämlich ersichtlich, daß dieser Unterschied der modernen Rechte gegen das Römische daher kommt, daß das Römische Recht den Willen mehr sieht in dem spröden Rechte der Person auf ihre formelle Willkür, die modernen Gesetzgebungen aber ihn mehr erblicken in dem vernünftigen Inhalt seiner Motive. — Es ist ferner wieder hierbei ersichtlich, wie unechter und echter Irrthum ineinander übergehen. Denn während im Römischen Recht Irrthum in der Person einfach als mangelnder Wille galt, wird derselbe im Allg. Landrecht und französischen Recht durch die angeführte Einschränkung zum echten Irrthum und zu einem durch Irrthum in den Motiven vermittelten Willensmangel.

1) Eine deutliche Bestätigung der obigen Entwickelung gibt der Code Napoléon, indem er Irrthum, Zwang und Betrug unter dem Abschnitt vom „*Consentement*" behandelt (Sect. I, chap. II, tit. III) und dabei (Art. 1109)

Und kaum ist die positive Bestimmung in diesem quantitativen Gebiete getroffen und festgesetzt worden, wo der irrige Beweggrund zum Willen wird, als der bisher stets festgehaltene und entwickelte Begriff des Willens wieder hervorbricht und den Unterschied seiner begrifflichen Natur in die Art des Irrthums im Beweggrund hinein fortsetzt. — Wir meinen den Unterschied des factischen und des Rechtsirrthums, oder besser, da auch mancher Rechtsirrthum entschuldigt wird und mancher factische nicht, des unverschuldeten und verschuldeten Irrthums.

Um dies genau zu verstehen, ist es nöthig, noch einmal auf den Unterschied des einfach mangelnden Willens und des erst durch Vermittelung des irrigen Beweggrundes mangelnden Willens, also auf den Unterschied des unechten und echten Irrthums zurückzugehen und den Begriff desselben noch schärfer als bisher festzustellen.

Willensfreiheit, sagten wir, ist (im Privatrecht) individuelle Selbstbestimmung. Beim unechten Irrthum ist dieselbe überhaupt nicht vorhanden. Denn die geschehene Handlung ist unterschieden von der gewollten Handlung. Beide decken einander nicht. Es ist somit die äußerlich geschehene Handlung gar nicht durch die eigene Selbstbestimmung des Individuums gesetzt. Da also keine solche und somit keinerlei Wille vorhanden ist, so ist es ganz gleichgültig, durch welches Warum das Nichtdasein des Willens

ausdrücklich erklärt: „*Il n'y a point de consentement* valable si le consentement n'a été donné que par *erreur*, ou s'il a été *extorqué par violence* ou *surpris par dol*.“ Es wird also auch in juristischer Hinsicht bei dem speculativen Freiheitsbegriff schon sein Bewenden haben müssen, und nur weil Savigny sich den letztern nicht klar macht und nicht von ihm ausgeht, vielmehr ausdrücklich meint (III, 102), daß derselbe hier nichts zu thun habe, kam er nothwendig zu jener irrthümlichen Auffassung dieser Lehre. Und, wie beides stets Hand in Hand geht, kam er durch diese Abscheidung des philosophischen Willensbegriffs vom Rechtsgebiete dazu, sich in so directen Widerspruch mit den juristischen Quellen versetzen und eine so große Anzahl von Pandektenstellen der Unrichtigkeit beschuldigen zu müssen, wie er III, 342, thut. Dieselben erweisen sich nach der obigen Entwickelung jetzt von selbst als völlig richtig und als in völliger Uebereinstimmung mit dem was von Savigny als ihnen entgegenstehend angeführt wird (nämlich die Gleichgültigkeit des unwesentlichen Irrthums und seine dennoch stattfindende Einwirkung, sobald er durch dolus hervorgerufen ist).

zur Handlung vermittelt ist. Es erhellt hieraus die Nothwendigkeit, weshalb beim unechten Irrthum nirgends Raum zur Unterscheidung zwischen factischem und Rechtsirrthum vorliegen kann.

Anders beim Irrthum im Beweggrund. Hier stimmen die vollbrachte Handlung und die Handlung, die das Individuum vollbringen wollte, überein. Es ist also Selbstbestimmung da. Die concurrirende falsche Vorstellung hat daher nur entkräftende Wirkung, wenn sie durch ein anderes Individuum in das handelnde hineingesetzt und dessen Selbstbestimmung somit aufgehoben worden ist (dolus), ist dagegen gültig, wenn sie vielmehr als die eigene Thätigkeit des Individuums erscheint (error concomitans). — Der Wille hat aber überhaupt seine Vermittelung im Wissen (s. oben S. 57 fg.). Der Irrthum im Beweggrund kann daher den gesammten Inhalt des Willens absorbiren, und obwol die äußere Handlung, die man vornahm, übereinstimmt mit der äußern Handlung, die man vornehmen wollte, doch diese selbst zu einem Nichtausdrucke und Gegentheil des wahrhaften Willens, also zu einer ungewollten und der individuellen Selbstbestimmung nicht entflossenen machen, welche somit als reine Aeußerlichkeit gegen das nur an seine Selbstbestimmung gebundene Individuum nicht bestehen kann. Aber indem hier das Nichtgewollte der geschehenen Handlung nicht besteht in der einfachen Abwesenheit der Selbstbestimmung zu derselben, sondern diese Abwesenheit selbst erst vermittelt wird durch die falsche Vorstellung im Beweggrund, kann man — wenn man den Begriff der individuellen Selbstbestimmung auf das äußerste festhält — zu der Folgerung gelangen, daß diese Ungültigkeit nur dann eintreten kann, wenn wenigstens jene falsche Vorstellung im Motiv nicht durch die eigene Thätigkeit und Selbstbestimmung des Individuums (obwol hier kein anderes Individuum mehr einwirkt) gesetzt erscheint. Denn ist auch dies noch der Fall, so ist nun die Handlung allerdings in allen ihren Theilen der eigenen Selbstbestimmung des Subjects entflossen: 1) in Bezug auf die äußerlich geschehene Handlung, 2) in Bezug auf die äußere Handlung, die man vollbringen wollte, und 3) in Bezug auf den Irrthum im Beweggrund.

Als so in allen ihren drei Momenten durch die individuelle Selbstbestimmung gesetzt, wäre, bei consequentester Festhaltung die-

ses Begriffs, die irrthümliche Handlung allerdings ein gültiges Dasein der Willensfreiheit.

Die falsche Vorstellung erscheint nur dann nicht als durch die eigene Selbstbestimmung des Individuums gesetzt, wenn sie — obwol hier kein fremdes Subject mehr eingreift — einen factischen Irrthum darstellt.

Das Wissen des Individuums hat einen doppelten Gegenstand, nach welchem es sich unterscheiden kann: sich selbst und das ihm Andere. Das Wissen des Individuums ist daher ein Wissen von sich und ein Wissen von dem ihm Andern, von der Außenwelt. Die Außenwelt ist eine dem Individuum fremde und selbständig gegenüberstehende Gegenständlichkeit. Ihr Inhalt ist das Zufällige und seine Verwickelung, das blos Positive. Wenn daher das Individuum diese für sich selbständige Gegenständlichkeit seinem Wissen nicht zu unterwerfen vermag, wenn es im Thatsächlichen irrt, so kann dies nicht als eine Selbstbestimmung des Individuums erscheinen. Denn es kann nicht gesagt werden: das Individuum kann und soll schlechthin auch das ihm andere, das Reich des Thatsächlichen durchdringen (quum jus finitum et posset esse et debeat, facti interpretatio plerumque etiam prudentissimos fallat, sagt Neratius).[1]) Der Irrthum im Thatsächlichen erscheint also gleichsam als ein Zwang der Außenwelt! Dies zeigt sich wieder recht deutlich an der Grenze, wo der factische — und deshalb unschädliche — Irrthum anfängt in den schädlichen überzugehen. Dies ist dann der Fall, wenn das Thatsächliche so offen, einfach und durchsichtig vorliegt, daß das Individuum, wenn es nur im geringsten — wie sein Begriff erfordert — geistige Thätigkeit ist, es wahrnehmen und wissen konnte.[2]) Darum sagen Cäcilius und Ulpian, auf diejenige Krankheit

1) L. 2 de juris et facti ignor. (22, 6).

2) Darum sagt Ulpian, es sei „nec *supina* ignorantia ferenda nec *scrupulosa inquisitio exigenda*", L. 6 de jur. et fact. ign., und Paulus, indem er lehrt, der factische Irrthum, der auf summa negligentia beruhe, sei allerdings schädlich, ruft aus: „Quid enim si omnes in civitate sciant quod *ille solus* ignorat?" wenn er es also so gut wie alle andern wissen konnte. L. 9, §. 2, eod. tit.

wenden sich die ädilicischen Edicte nicht an, qui *omnibus potuit apparere* ut puta caecus homo veniebat aut qui cicatricem evidentem et periculosam habebat ... ejus nomine non teneri Caecilius ait, und Ulpian fügt billigend hinzu: „ad eos enim morbos vitiaque pertinere Edictum Aedilium probandum est, quae quis ignoravit vel ignorare *potuit*.“ [1]) Er konnte den Fehler oder die Krankheit wissen, heißt: er konnte wissen, wenn er wollte. Sein Nichtwissen wird also hier zum Dasein seiner eigenen Selbstbestimmung, wird somit dem Individuum imputabel und daher gültig und schädlich. Deshalb sprechen also so viele Stellen aus, daß der factische Irrthum schade, wenn er durch crassa negligentia hervorgebracht sei. [2])

Entgegengesetzt dem Wissen des Individuums von der Gegenständlichkeit und ihrem zufälligen und fremden Inhalt, erscheint das Wissen des Individuums von sich. Das Wissen des Individuums von sich nicht sowol in dem Sinne der äußern thatsächlichen Zufälligkeit, mit welcher das empirische Ich noch ohne sein Wissen verwickelt sein kann, weil sie ihm eben eine äußere, fremde ist, sondern in dem Sinne: Wissen des Individuums von seiner Innerlichkeit. [3]) Hier ist der Gegenstand des Wissens nichts

---

1) L. 14, §. 10, de aedilic. edict. (21, 1).

2) z. B. noch die L. 55 de aedil. ed. (21, 1); L. 11, §. 11, de interr. (11, 1); L. 3 pr. ad. SC. Mac. (14, 6) etc.

3) Erst aus der obigen Entwickelung und Eintheilung, in welcher die Schädlichkeit des Rechtsirrthums überhaupt nur als die Fortsetzung und Consequenz des Wissens von sich erscheint, ergibt sich nunmehr von selbst das wirkliche Verständniß des römischen Ausdrucks: jus *suum*, und des Grundes, warum die Unwissenheit über dasselbe in den römischen Rechtsquellen immer als eine grundsätzlich schädliche behandelt wird, obgleich, wie Savigny diese scheinbare Anomalie, ohne sie aber erklären zu können, mit Recht hervorhebt (III, 327, c.) die Unwissenheit über das jus suum „gerade gewöhnlich auf factischen Irrthümern beruhen wird.“ Denn die Unwissenheit über den eigenen persönlichen Rechtszustand, welche unter der Unwissenheit über das jus suum verstanden wird, stellt eine Unwissenheit des Individuums über seine eigene constante Beschaffenheit dar. So heißt es L. 2, §. 7, de j. fisci (49, 14): „... ita demum non nocere cuiquam se detulisse, si ea persona sit, quae ignorare propter rusticitatem vel propter sexum femininum *jus suum possit*.“ Und Pomponius bringt, unsere obige Entwickelung deutlich bestätigend die Unwissenheit de jure suo, trotz ihrer meist factischen Beschaffenheit in einen princi-

Fremdes und Zufälliges mehr. Er ist sein eigenes Wesen, das jedes Individuum kennen kann und soll. Das Recht ist aber nur die herausgesetzte eigene Innerlichkeit und Verstandesnatur des Individuums, das Gesetz nur das objectiv gewordene Rechtsbewußtsein der Volksindividuen.

Im Wissen vom Rechte ist daher das Individuum nicht auf einen zufälligen, sondern auf einen nothwendigen Gegenstand, nicht auf ein ihm Fremdes, sondern nur auf sein eigenes Wesen bezogen. Wer also über das Recht irrt, irrt nicht über etwas Gegenständliches, sondern über das eigene Wesen des Geistes, worüber der Geist, weil es ihm nichts Fremdes ist, nicht zu irren braucht. Sehr gut nennt daher Paulus den Rechtsirrthum einen Irrthum in *existimatione mentis* und setzt

---

piellen Gegensatz zur factischen Unwissenheit, die er als eine Ignoranz de alterius causa et facto hinstellt (Plurimum interest, utrum quis de *alterius causa et facto* non sciret, an de *jure suo* ignoret; L. 3 pr. de juris et facti ign. 22, 6). Die Ausnahme, welche Paulus bespricht (das. L. 1, §. 2), wenn jemand, als Kind ausgesetzt, seine Aeltern nicht kenne und nun glaube, daß er ein Sklave sei, ist gar keine wirkliche Ausnahme. Denn die Frage ex quibus natus sit, die ursprünglich überhaupt an sich eine Frage nach einem factum alienum ist, ist hier durch die Aussetzung dem Kinde auch als solches forterhalten worden (und zwar wiederum durch das factum alienum der Aussetzung).

Hieraus entspringt nun weiter die große Schwierigkeit, welche die römischen Rechtsquellen in der Regel an den Tag legen, über die eigenen Handlungen überhaupt, obgleich diese doch nur ganz vereinzelter, zufälliger und verschwindender Natur sein können, einen unschädlichen Irrthum zuzulassen, und das Bestreben, das sie zeigen, ihn, wo er unschädlich sein soll, ausdrücklich auf ein factum alienum zu reduciren. So Neratius, L. 5, §. 1, pro suo (41, 10). Sed id quod quis quum suum esse existimaret, possederit, usucapiet, etiamsi falsa fuerit ejus existimatio, quod tamen ita interpretandum est, ut probabilis error possidentis usucapioni non obstet, veluti si ob id aliquid possideam, quod *servum* meum aut ejus, cujus in locum *hereditario* jure successi, emisse id falso existimem, quia in *alieni facti* ignorantia tolerabilis error est. Und Gajus, L. 42 de r. j. (50, 17): Qui in *alterius locum succedunt*, justam habent causam ignorantiae, an id quod peteretur deberetur. Fidejussores quoque non minus, quam heredes justam ignorantiam possunt allegare. Und er beschränkt sogar diese Unschädlichkeit beim Erben noch auf den Fall, si cum eo agetur, non etiam si agat; nam plane qui agit *certus* esse debet, quum sit in *potestate ejus quando velit* experiri etc.

8*

ihm den thatsächlichen Irrthum als einen Irrthum in re entgegen. [1]) Darum gilt die Anschauung, das Recht **kann** das Individuum stets wissen, wenn es will [2]), und wenn es dasselbe nicht weiß, so erscheint dies Nichtwissen als **durch seine willkürliche Selbstbestimmung** gesetzt und wird somit, soweit dies in der Sphäre des von der **Willkür** beherrschten **Privatrechts** [3]) geschieht,

---

1) L. 9, §. 4 h. t. (22, 6): „Qui ignoravit dominum esse rei venditorem, plus *in re* est quam *in existimatione mentis*, et ideo tametsi existimet, se non a domino emere, tamen si a domino ei tradatur, dominus efficitur."

2) Es ergibt sich aus der obigen Entwickelung, daß dies also um so eher da gelten wird, wo das Recht ein wirklich aus dem eigenen Volksleben hervorgegangenes Recht ist, und weniger dort, wo es ein fremdes und anderswoher übernommenes ist.

3) Wir wiederholen diese schon früher hervorgehobene Hinweisung auf den Begriff des Privatrechts absichtlich, weil, wie sich zeigt, **eben nur durch sein Walten** die Gültigkeit und Schädlichkeit des Rechtsirrthums vermittelt wird, und in der That, durchaus übereinstimmend mit unserer Entwickelung, da wo diese Willkür, welche der allgemeine Grundbegriff des Privatrechts ist, ihre Geltung verliert, d. h. da wo innerhalb desselben aus dem **öffentlichen** Recht entflossene Gesetze platzgreifen, **jede Gültigkeit** und mit ihr **jede Schädlichkeit** der Rechtsunwissenheit sofort aufhört. Dies zeigt sich daran, daß bei der Zahlung von Spielschulden und Wucherzinsen, deren Gültigkeit das Gesetz prohibirt, auch der Rechtsirrthum schlechthin jede Schädlichkeit verliert. Mit Unrecht würde man glauben, dies käme nur daher, weil diese Zahlungen, selbst wenn sie mit vollem Bewußtsein von der rechtlichen Unverbindlichkeit dieser Schulden gemacht werden, zurückgefordert werden können. Denn in der That machte man früher einen Unterschied zwischen wissentlicher und unwissentlicher Zahlung von wucherlichen Zinsen. Waren sie **wissentlich** gezahlt, so war (s. Paulus, R. S. II, 14, §. 2 und 4, und Ulpian, L. 26 pr. de cond. indeb. 12, 6) die Zahlung **nicht** eine **ungültige** und **zurückzufordernde**, aber sie wurde als auf das **Kapital** geschehen betrachtet (*repeti* quidem *non posse*, sed *sorti* imputandum sagt Ulpian). Wurden also die Zinsen **vor** dem Kapital bezahlt, so kam das praktisch freilich auf dasselbe hinaus, indem sich nun das Kapital um so viel verminderte. Wurden aber Zinsen und Kapital zugleich zurückerstattet, (wissentlich), so machte dies nun auch einen praktischen Unterschied. Denn nach der frühern strengern Auffassung konnten jetzt die wucherlichen Zinsen **nicht** zurückgefordert werden (vgl. Vangerow, Pandekten, Bd. 1, §. 76, 6. Aufl.). Selbst Ulpian, der sich einer mildern Ansicht zuneigt, drückt deutlich die Ungewißheit und die blos billige Natur derselben aus (Quid si simul solverit? *Poterit* dici, et tunc repetitionem locum habere), und erst Philippus hob diese veteris juris varietas auf (L. 18 C. de usur.). — Waren dagegen die Zinsen aus Unkenntniß der Wuchergesetze und also aus einem

zur gültigen selbstbestimmenden Willkür und also zum schädlichen Irrthum.

Aber eben um des entwickelten Begriffs willen, müßte, wenn seine Anwendung consequent sein soll, der Rechtsirrthum da keine gültige und schädliche Wirkung haben, wo das Recht, seine obige allgemeine, für alle Individuen gewisse und mit dem Volksgeist identische Natur verlierend, selbst wieder in Zufälligkeit ausläuft, d. h. also bei controversen Rechtssätzen, wo ja die Entscheidung über den Inhalt des Rechts aus der allgemeinen geistigen Natur des Individuums in die Besonderheit der persönlichen Ansicht hinunterfällt, und ebenso bei dem blos particularen Localrecht, weil dieses ja nicht mit dem ganzen Volksgeist selbst identisch ist und somit nicht als das allgemeine Wesen des Individuums ausdrückend angesehen werden kann. Und in der That ist anerkannt, daß in diesen beiden Fällen der Rechtsirrthum keine schädliche Wirkung haben soll. [1])

Betrachtet aber das Gesetz bestimmte Klassen von Individuen

Rechtsirrthum gezahlt (per errorem solutae), so war die Zahlung eine ungültige, und sie konnten stets, ob vor ob mit dem Kapital gezahlt, condicirt werden (vgl. Paulus und Vangerow, a. a. O.). Es zeigt sich hierdurch, daß es sich nicht so verhält, wie Savigny, III, S. 450 meint, als hindere bei Wucherschulden der Rechtsirrthum die Condiction nur deshalb nicht, weil sogar das Bewußtsein des Zahlenden von der Unverbindlichkeit der Schuld sie nicht hindere, sondern daß vielmehr auch wo dies Bewußtsein hindert, die Rechtsunwissenheit zugute kommt. Und wie ist dies möglich? Dies erhellt aus der obigen Begriffsentwickelung mit Evidenz und Nothwendigkeit. Der Rechtsirrthum erscheint nur als schädlich, weil er als gültig erscheint. Und er erscheint nur als gültig, weil das Nichtwissen des Rechts als die eigene formell berechtigte Selbstbestimmung der individuellen Willkür und somit als ihre Aeußerung erscheint. Dies kann somit nur gelten im eigentlichen Privatrecht als dem Dasein dieser Willkür. Wo dagegen Bestimmungen aus dem Oeffentlichen Rechte eingreifen, d. h. wo die willkürliche Selbstbestimmung des Individuums überhaupt ihre Geltung zu verlieren anfängt, da muß auch seine Bestimmung zum Nichtwissen des Rechts als eine nicht mehr in seiner Willkür stehende, also als eine ungültige erscheinen und der Rechtsirrthum also unschädlich sein. Das Recht nicht zu wissen, gilt hier gar nicht, und erzeugt darum keine Gültigkeit! — Man sieht, welche festgeschlossene Gestalt bei der obigen Begriffsentwickelung diese Lehre in allen ihren Theilen, selbst in ihren Einzelheiten und Subtilitäten annimmt.

1) Vgl. Savigny, III, 337. Puchta, Gewohnheitsrecht II, 217 fg.

als auf einer solchen Stufe der geistigen Potenz stehend, daß von ihnen nicht schlechthin gesagt werden kann, sie konnten das Recht wissen, wenn sie wollten, so erscheint bei ihnen das Nichtwissen auch nicht als eine willkürliche Selbstbestimmung und der Rechtsirrthum ist deshalb für Minderjährige, Frauen und rusticitas in verschiedenen Abstufungen unschädlich.

Die Lehre von dem factischen und dem Rechtsirrthum, oder von der entschuldbaren und der nicht entschuldbaren Unwissenheit hat sich uns also in eine Lehre von dem Wissen des Individuums von sich und von Anderem, in eine Lehre von dem selbstverschuldeten d. h. selbstgesetzten und dem nicht selbstgesetzten Irrthum aufgehoben und sich ebenso wie die Lehre vom Zwang und Betrug, unechtem und echtem Irrthum, überall mit der größesten Consequenz und bis in alle ihre Ausnahmen hinein, als auf der Auffassung der individuellen Selbstbestimmung, als dem wirklichen Begriffe der Willensfreiheit, beruhend erwiesen. Zugleich ergibt sich aus dem Obigen, daß, wenn der den Inhalt des Willens erschöpfende irrige Beweggrund, falls der Irrthum ein verschuldeter ist, die Handlung nicht entkräftet, sondern diese gültig bleibt, dies auf der strengen Anschauung von dem willkürlichen Rechte der Person beruht, wenn sie nur durchweg selbst als das bestimmende erscheint, auch das nicht zu wissen, was sie wissen soll und muß (das Recht), wonach dann die so entstandene Handlung als ein gültiges Dasein persönlicher Willkür angesprochen wird. Tritt an die Stelle dieser spröden formellen Anschauung die andere, daß das Nichtwissen, wenn auch verschuldet, als dem Begriffe des Geistes zuwider, nicht als eine gültige Bestimmung desselben anzusehen und nicht als sein Dasein, sondern nur als sein Nichtdasein zu betrachten sei, so kann auch beim irrigen Beweggrund nicht mehr zwischen verschuldetem und nichtverschuldetem Irrthum unterschieden werden, und die durch einen den ganzen Willen absorbirenden Irrthum im Beweggrund hervorgerufene Handlung wird auch durch die Verschuldung des Irrthums zu keinem gültigen Dasein des Willens, wie dies in der That in neuern Gesetzgebungen der Fall ist. [1])

---

1) Sowie bereits gezeigt (s. die Anm. auf S. 109), im französischen

C. Der Quasicontract; negotiorum gestio.

Das Gesetz kann einen normalen Willen der Person voraussetzen. Rechte also, welche scheinbar lediglich aus den Handlungen dritter Personen und somit aus dem Gesetze entspringen, müssen, obwol ohne jede Handlung des Individuum, dennoch dann in rechtlicher Hinsicht als seiner eigenen individuellen Willensaction entflossen angesehen werden, wenn das betreffende Rechtsinstitut den Charakter hat, auf einem solchen

---

Recht, wo mit Ausnahme zweier Fälle, die, um ihrer besondern Natur willen, überhaupt kaum Ausnahmen hiervon zu nennen sind (Art. 1305 und 2053 des Code civil) ganz allgemein jeder Unterschied zwischen factischem und Rechtsirrthum aufgegeben ist.

Eine mehr schwankende Stellung nimmt das Allg. Landrecht ein, doch ist auch von ihm nicht zu verkennen, daß es sich darin bedeutend vom Röm. Recht unterscheidet und sichtlich unter dem Einfluß der oben angegebenen abweichenden Anschauung des modernen Geistes steht. In §. 12 der Einleitung verfügt es, daß sich niemand mit der Unwissenheit eines gehörig publicirten Gesetzes entschuldigen könne. Allein dieses in dieser Allgemeinheit ganz richtige und gar keinem Zweifel unterliegende Princip hat eben um dieser Allgemeinheit willen auch gar nichts mit der oben erwähnten Anschauung zu thun, über welche vielmehr erst die landrechtliche Lehre von den Willenserklärungen u. s. w. Aufschluß geben kann. Hier nun läßt es zunächst bei der condictio indebiti (Thl. I, Tit. 16, §. 166, 178, 118) im Princip auch den Rechtsirrthum zu, wenn es auch dem Irrenden den Beweis desselben auferlegt. Bei dem Irrthum in den gewöhnlich vorausgesetzten Eigenschaften der Person oder Sache, welcher die Willenserklärung entkräften soll (s. oben S. 109), macht es diese Wirkung des Irrthums davon abhängig, daß er nicht durch eigenes Versehen entstanden sei, und neigt sich insoweit also der Anschauung des Röm. Rechts zu (Thl. I, Tit. 4, §. 82). Allein bei dem Irrthum in ausdücklich vorausgesetzten Eigenschaften der Person oder Sache soll stets die Willenserklärung ungültig sein, auch wenn der Erklärende den Irrthum hätte vermeiden können, §. 77, 78 (und nur eine culpose Verpflichtung zur Schadloshaltung bei eingetretenem Schaden wird ganz richtig eingeführt, weil in der That nur culpa, nicht Wille, vorliegt). Indem nun (s. oben S. 109) in diesen Irrthum in ausdrücklich vorausgesetzten Eigenschaften nicht nur der römische error in corpore und essentialis, sondern auch jeder bloße Irrthum im Beweggrund hineinfällt, der auf solchen vielleicht selbst ganz unwichtigen Eigenschaften beruht, läßt das Allg. Landrecht hier also auch bei diesem den Rechtsirrthum und verschuldeten Irrthum als einen unschädlichen, d. i. ungültigen zu. Es scheint also die Unschädlichkeit desselben überhaupt nur mehr an die Bedingung zu binden, daß die Einwirkung eines irrigen Motivs ganz feststehe (ausdrücklich vorausgesetzt sei).

vom Gesetz vorausgesetzten normalen Willen des Individuums zu beruhen und aus ihm zu entspringen.

Die aus einem solchen Institut dem Individuum hervorgehenden Rechte sind dann der gesetzlichen Anschauung nach durch die eigene vorausgesetzte Willensaction des Individuums vermittelt, somit erworben, und können daher, wenn sie so einmal entstanden sind, durch spätere Gesetze nicht verändert werden.

Dies ist der Fall bei den Quasicontracten, zunächst bei der negotiorum gestio.

Daß diese ganz auf einem solchen, um seiner Normalität halber vom Gesetz vorausgesetzten vernünftigen Willen des Individuums beruht, muß von selbst klar sein und soll blos, weil sich diese Auffassung bei unsern Rechtslehrern nicht findet [1]), kurz nachgewiesen werden.

Es steht dem nicht entgegen, daß die alten römischen Juristen immer nur von der magna utilitas dieses Instituts reden und es auch ausdrücklich als um seiner Nützlichkeit willen eingeführt bezeichnen. [2]) Dieses Nützlichkeitsargument drückt vielmehr nur in Form äußerer Thatsächlichkeit aus, was nach uns die Rechtsidee des Instituts bildet. Das Gesetz kann hier eben nur deshalb den Willen des Individuums voraussetzen und setzt ihn voraus, weil es eben normal ist, daß jedes Individuum selbst das ihm Nützliche will.

Dieser vorausgesetzte Wille erweist sich aber durch folgendes als der wahrhafte Gedanke des Instituts: 1) schon historisch, indem die römischen Juristen so vorzugsweise den Fall der Abwesenheit des dominus [3]) als den Fall der negotiorum gestio

---

1) Aber ebenso wenig auch bei den Rechtsphilosophen. Wenn z. B. Stahl (Philosophie des Rechts, I, 410 fg., 3. Aufl.) die Quasicontracte und speciell die negotiorum gestio einfach daraus erklärt, daß „nämlich jenes Bedürfniß, durch Uebereinkunft sich Rückgabe oder Ersatz sichern zu können" eine solche Forderung auch ohne Uebereinkunft erwirke, — so ist zu bemerken, daß, um das Gajanische utilitatis causa receptum est abzuschreiben, man keine Rechtphilosophie zu schreiben braucht.

2) z. B. Gajus, L. 5 pr. de obl. et act. (44, 7) — „sed *utilitatis causa* receptum est, invicem eos obligari", cf. Inst., III, 27.

3) z. B. Ulpian, L. 1 de neg. gest. (III, 5): „Hoc edictum necessarium est, quoniam magna utilitas *absentium* versatur, ne indefensi" etc.;

hervorheben, oder ähnliche Lagen, in welchen also der dominus einen ausdrücklichen Willen zu haben gehindert ist [1]), und diesen Fall der Abwesenheit auch geradezu als den historischen Ursprung des Instituts bezeichnen [2]); 2) dadurch, daß der vom Gesetz vorausgesetzte Wille dem vom Individuum ausgesprochenen, die Fiction der Wirklichkeit weicht und daher bei einem ausdrücklich erklärten Nichtwollen seitens des dominus [3]) dem gestor auch für die nützlich verwendeten Auslagen, trotz aller Nützlichkeit, die Action der negotiorum gestio nicht zusteht [4]) — die Nützlichkeit erweist sich also schon hiernach nicht als die eigentliche letzte Rechtsidee des Instituts —; 3) auch dadurch, daß in der Regel die Action der negotiorum gestio nur dann gegen den dominus zusteht, wenn es sich darum handelt, ihn vor drohendem Schaden zu bewahren, in Nothfällen u. s. w. [5]), nicht bei lucrativen Operationen, denn in der That muß bei jedem vernünftigerweise die Absicht vorausgesetzt

---

Gajus, L. 2 ib. „Si quis *absentis* negotia gesserit etc., Inst., III, 27, §. 1: Igitur quum quis *absentis* negotia gesserit" etc.

1) S. das prätorische Edict selbst (L. 3 ib.): Si quis negotia alterius, sive quis negotia, quae cujusque, *cum is moritur,* fuerint, gesserit etc. Der Sterbende wird in der Regel gehindert sein, einen ausdrücklichen Willen über die negotia zu haben, und nach dem Tode kann vor der aditio der Erbe in dieser Lage sein. — Das Edict hebt übrigens den Fall, quum is moritur, nur ausdrücklich hervor, um die Ungewißheit des Rechtssubjects, dessen Geschäfte ich geführt habe, unschädlich zu machen; s. Ulpian das., §. 6.

2) Gajus sagt das ausdrücklich L. 5 pr. de obl. et act. (44, 7): — *ideo autem id ita receptum est,* quia plerumque homines eo animo peregre proficiscuntur quasi statim redituri, nec ob id ulli curam negotiorum suorum mandant, deinde novis causis intervenientibus ex necessitate diutius absunt, quorum negotia deperire iniquum erat, und Inst., III, 27, §. 1.

3) Dies ist bekanntlich die übereinstimmende Lehre von Julian, Pomponius, Paulus und Ulpian L. 8, §. 3 h. t.; L. 40, mandati (17, 1). (Si pro te praesente et vetante fidejusserim, nec mandati actio nec negotiorum gestorum est; sed quidam utilem putant dari oportere, quibus non consentio, secundum quod et Pomponio videtur), und Justinian hat diese Lehre durch eine besondere Entscheidung (L. ult. C. 2, 20) festgestellt.

4) So unterscheidet sich also die negotiorum gestio, wo man den Willen des Verpflichteten ausführt, wenn auch den präsumirten, sehr deutlich z. B. von der actio funeraria, wo man die Pflicht desselben ausführt und wo es deshalb auch auf sein ausdrückliches Verbot nicht ankommt. L. 14, §. 6—16, de relig. et sumt. funer. (11, 7).

5) Vgl. Vangerow, Pandekten, III, 484, 6. Aufl.

werden, nicht in Schaden zu kommen und das zu bewahren, was er hat, während die Absicht lucrativer Unternehmungen, obgleich nicht weniger nützlich, keineswegs als der normale Wille jedes Individuums vorausgesetzt werden kann [1]); 4) zeigt sich in ganz entscheidender Weise, wie nicht der erwiesene Nutzen, sondern der eigene vorausgesetzte Wille des dominus den Träger dieses Instituts bildet, dadurch, daß, wenn auch der erwartete Nutzen gar nicht eingetreten, sondern durch Unglücksfälle verhindert worden ist, der dominus durch die Action der negotiorum gestio (contraria) für den Aufwand des gestor verhaftet bleibt [2]); 5) erklärt sich endlich auch nur von hier aus die Möglichkeit einer Controverse, welche alte und neue römische Juristen auf das lebhafteste getheilt hat, die nämlich schon zwischen Scävola und Ulpian schwebende Streitfrage, welchen Einfluß eine spätere Ratihabition des dominus auf die negotiorum gestio hat, ob sie diese Action, wie Scävola will,

---

1) Soweit aber der dominus die entstandene Bereicherung bewahren will, bleibt er allerdings ersatzpflichtig, denn er acceptirt in dem lucrum zugleich den für dasselbe nothwendig gewesenen Aufwand. Aber es ist hier nicht mehr die negotiorum gestio, sondern die *versio in rem*, welche den Anspruch gegen den dominus gewährt, L. 11. 43. de neg. gest. (3, 5) und L. 5 pr. de in rem vers. (15, 3). Der große juristische Unterschied zwischen beiden zeigt sich darin, daß bei der negotiorum gestio den Zufall (casus) der dominus tragen muß, bei der versio in rem aber der gestor. Dies ist aber nur die äußerliche Darstellung des Gedankenunterschiedes, daß bei der negotiorum gestio von vornherein aus dem Willen des *dominus* gehandelt worden ist, weshalb ihn selber der casus treffen muß, während bei der versio in rem der Wille desselben erst hinterher durch die Bewahrung des erlangten lucrum eintritt, weshalb, da hier erst der wirklich erreichte Vortheil von ihm acceptirt wird, der casus auf die Seite des gestor fällt. — Ebenso kann der gestor in Schaden gerathen, wenn der dominus den Vortheil nicht bewahren will. Hier wird also nicht wie bei der zur Abwehr von Schaden eingetretenen negotiorum gestio der stillschweigende Wille des Individuums in verbindlicher Weise vorausgesetzt. Vgl. Allg. Landrecht, Thl. I, Tit. 13, §. 242: „Entschlägt sich der, dessen Geschäfte ohne seinen Auftrag besorgt wurden, des Vortheils, so muß der Besorger die Sache auf seine Kosten wieder in den vorigen Stand setzen und den Eigenthümer entschädigen.“

2) L. 10, §. 1; L. 12, §. 2; L. 22; L. 31 pr.; L. 32 pr.; L. 37, §. 1 h. t.; L. 17 pr. de in r. v. (15, 3); L. 22 Cod. h. t.

bestehen läßt, oder, nach der Ansicht der Gegner, in die actio mandati umwandelt. [1])

Faßt man nämlich rein äußerlich die negotiorum gestio als eine Geschäftsführung ohne Willen des dominus auf, so ist, da diese Action in der That nur gegeben ist, wenn kein Auftrag des dominus vorliegt, und zumal bei der Rückwirkung auf den Anfang der Handlung, welche das Römische Recht der Ratihabition überall zuschreibt, kaum zu begreifen, wie nach einer solchen die negotiorum gestio dennoch als fortbestehend angesprochen werden kann.

Bei der hier gegebenen Auffassung der negotiorum gestio, als auf dem vom Gesetz vorausgesetzten Willen des Individuums beruhend, liegt erst die innere dialektische Entstehung und Berechtigung dieser Controverse vor. Denn ist ohnehin der Wille des dominus bei der negotiorum gestio vorausgesetzt, warum soll gerade durch die Bestätigung der Voraussetzung diese Action verschwinden? Dies ist das innere Gedankenmoment bei Scävola. [2]) Andererseits:

Wenn die negotiorum gestio auf dem vorausgesetzten Willen beruht, so hat der ausdrücklich erklärte Wille andere und resp. stärkere Folgen. Durch die Bestätigung der Voraussetzung tritt also der ausdrückliche Wille mit seinen anders qualificirten Folgen, d. h. die actio mandati ein. — In der That ist aber in dieser Gedankendialektik zugleich schon die wahrhafte Auflösung nothwendig gegeben, wie sie Welker auf anderm Wege, durch Analyse der betreffenden Gesetzesstellen, herausgestellt hat [3]): Für den dominus treten, da an die Stelle seines blos vorausgesetzten und deshalb, wie sich sofort zeigen wird, bedingten Willens der ausdrücklich erklärte getreten ist, die stärkern Folgen desselben ein; er bleibt daher auch, wenn die Geschäftsführung

---

1) S. die Literatur der Controverse bei Glück, V, 333 fg.; Thibaut, Versuche, II, Nr. 10, Vangerow, Pandekten, III, 486, 6. Aufl.

2) Er hebt darum hervor, daß die Billigung die negotiorum actio überhaupt nicht ausschlösse: „Ceterum *si ubi probavi*, non est negotiorum actio, quid fiet, si a debitore meo exegerit, et probaverim, quemodmodum recipiam?“ (L. 9 h. t.)

3) C. Th. Welker, Diss. jurid. inaug. interpret. exhibens leg. 9 de neg. gest. etc. (Gießen 1813), und Vangerow a. a. O.

eine schlechte war, durch die actio mandati verpflichtet, während der von der negotiorum actio supponirte Wille eben um dieser Voraussetzung halber nur unter der Bedingung nützlichster Geschäftsführung vorausgesetzt werden kann. Seitens des gestor dagegen hat sich durch die eingetretene Ratihabition seine rechtliche Voraussetzung nur bestätigt[1]), sich also nichts an der Natur seiner Handlung geändert. Er bleibt also trotz der Ratihabition nur an die Pflichten, die ihm der vorausgesetzte Wille auferlegte, gebunden, d. h. er ist nur mit der negotiorum actio anzugreifen.

Es ist nach dem zuletzt Gesagten fast überflüßig, noch zu bemerken, daß die negotiorum gestio bei dieser Auffassung darum durchaus nicht an und für sich in ein mandatum tacitum übergeht. Auch bei diesem wird, insofern die verschiedenen Gesetzgebungen ein solches mandatum tacitum überhaupt zulassen, allerdings ein stillschweigender Wille vorausgesetzt. Aber er wird hier blos factisch vorausgesetzt, d. h. er wird vom Gesetz als ein wirklich da seiender vorausgesetzt, während er bei der negotiorum gestio vom Gesetz ausdrücklich als ein vorausgesetzter vorausgesetzt, und als solcher behandelt wird. Mit andern Worten: Soweit Gesetzgebungen die Annahme eines mandatum tacitum zulassen, ist die Anschauung diese, daß die Person diese bestimmte Handlung, wenn auch stillschweigend, wirklich gewollt, resp. einer andern Person die Befugniß zu dieser bestimmten Handlung, wenn auch stillschweigend, übertragen hat. Beim mandatum tacitum bleibt daher der dominus ganz ebenso wie beim ausdrücklichen Mandat an die Handlung als seine bestimmte unbedingte Willensäußerung gebunden, wenn dieselbe auch keine Nützlichkeit gehabt hat, oder die Mandatsführung, die nur dolus und grobes Versehen zu prästiren hat, auch nicht die zweckmäßigste gewesen ist. Bei der negotiorum gestio

---

1) Wol aber ist hier nun auch die Möglichkeit der andern Anschauung erklärt, die negotiorum gestio wegen der vom gestor vorausgesetzten Billigung des dominus als ein auf Seiten des gestor vorausgesetztes Mandat zu betrachten und demselben daher von vornherein ausdrücklich die Pflichten des Mandats aufzuerlegen, wie dies der Code Nap. thut Art. 1372: „Il (le gérant) se soumet à toutes les obligations qui résulteraient d'un *mandat exprès* que lui aurait donné le propriétaire."

dagegen wird der Wille des dominus auch ausdrücklich vom Gesetz als ein um seiner Normalität willen vorausgesetzter behandelt; d. h. seine Unterstellung wird eben durch die Bedingung vermittelt, daß es schlechthin normal und vernünftig sei, so zu wollen. Es bleibt also die Annahme des Willens an die Bedingung gebunden, daß die Geschäftsführung zu einem nothwendigen Zwecke unternommen und in der bestmöglichen Weise[1]) betrieben worden sei, wodurch nicht nur auch das leichteste Versehen als diese Bedingung verletzend dem gestor zur Last fällt, sondern sogar das nützliche Unternehmen, wenn es einen wirklichen Nutzen herbeigeführt hat, weil hier die Bedingung der Willensunterstellung erfüllt ist, für Rechnung des *dominus*, und wenn es einen Schaden herbeigeführt hat, für eigene Rechnung betrieben gilt[2]), die Handlung also wegen der bedingten Natur[3]) des vorausgesetzten Willens ein Doppelgesicht hat, welches niemals bei dem immerhin einen unbedingten Willen darstellenden mandatum tacitum platzgreifen kann.[4])

Zugleich ist nun aber durch diese Entwickelung schon gegeben, wo und warum die negotiorum gestio durch ihre dialektische Gedankennatur von selbst in dies mandatum tacitum übergehen muß. Ein vorausgesetzter Wille des dominus kann nur da sein, wo der dominus entweder sogar von der Ursache der Geschäftsführung, dem drohenden Schaden u. s. w., nichts wissen kann, oder doch nichts weiß, also z. B. wenn er absens ist, oder

---

1) Vgl. L. 20 C. de neg. gest. (2, 18), u. bes. Inst., III, 27, §. 1: „nec sufficit talem diligentiam adhibere *qualem suis rebus* adhibere soleret, *si modo alius diligentior commodius administraturus esset negotia.*"

2) L. 11 de neg. gest. (3, 5).

3) Hierhin gehört auch die aus derselben Bedingung entspringende Pflicht des gestor, das Unternehmen zu Ende zu führen, die beim Mandat nicht platzgreift.

4) Es erscheint also nicht consequent vom französischen Gesetzbuch, die gestio im Art. 1372 (s. die vor. Seite, Anm. 1) dem mandat exprès zu assimiliren, weshalb auch wieder der Code Napoléon selbst hierbei nicht stehen bleiben kann, sondern in den folgenden Artikeln (1373 und 1374) die Pflichten des gestor wieder über die des Mandatars hinaus erschweren muß.

wenn er zwar anwesend ist, und somit von der Ursache der Geschäftsführung wissen kann oder wirklich weiß und nur in Unterschätzung oder Vernachlässigung derselben nicht handelt, aber von der Geschäftsführung selbst nichts weiß und also in Bezug auf sie ignorans ist. Deshalb wird so häufig in den römischen Gesetzen die Forderung erwähnt, daß der dominus ein absens et ignorans, oder doch mindestens das letztere sei.[1]) War er aber nicht ignorans in Bezug auf die Geschäftsführung, wußte er von ihr, ohne sie zu hindern, so kann hier nicht mehr die Rede davon sein, seinen Willen zu der bestimmten Handlung blos als einen wegen des allgemeinen normalen Willens des Individuums, keinen Schaden zu leiden, nur vorausgesetzten zu suppliren. Hier ist vielmehr einer jener Fälle, wo die Regel qui tacet consentit wirkliche Geltung hat. Wer wissend und ohne Einrede seine Geschäfte von einem Dritten führen läßt, zeigt sich hierdurch einverstanden. Hier braucht also nicht mehr die Voraussetzung seines Willens durch die Bedingung der Nothwendigkeit und Nützlichkeit des Geschäfts und die höchste Sorgfalt der Geschäftsführung gerechtfertigt zu werden, wie dies dann nothwendig ist, wenn sein Wille als einer ihm unbekannten Handlung um der allgemeinen vernünftigen Natur des Willens halber einwohnend betrachtet werden soll, sondern indem hier sein Wille zu der bestimmten ihm bekannten Handlung des gestor in seinem Stillschweigen vorliegt, fallen hier jene Vermittelungsbedingungen weg und die negotiorum gestio geht hier von selbst in das *Mandatum tacitum* über. Mit Recht sagt daher Ulpian[2]): „Semper qui *non prohibet* pro se intervenire, *mandare* creditur."

Es ist ersichtlich, daß es von der größten Wichtigkeit war, die negotiorum gestio in diese ihre innere Natur eines vom Gesetze vorausgesetzten und darum bedingten Willens des dominus aufzulösen. Denn wäre dies nicht der Fall, so würde zwar ein im Laufe einer negotiorum gestio eintretendes neues Ge-

---

1) z. B. Gajus, L. 2 (h. t.): Si quis absentis negotia gesserit, licet *ignorantis* etc. Pomponius, L. 11 (h. t.): Si negotia *absentis et ignorantis* geras. Papinianus, L. 48 (h. t.): *Ignorante* quoque sorore etc.

2) L. 60 de reg. jur. (50, 17).

setz, welches die Pflichten des gestor erschwert, dennoch nicht zur Anwendung kommen können, weil seitens des gestor auch ganz äußerlich freiwillige Handlungen vorliegen, die nicht rückwirkend verändert werden können. Wol aber würde es von einem im Laufe der gestio eintretenden neuen Gesetze, welches die Pflichten des gestor erleichtert, seine Lage somit nur verbessert, scheinen können, daß es demselben sofort zugute kommen muß. Und in der That würde dies (vgl. §. 12) der Fall sein, wenn die Rechte des dominus nur aus dem Gesetze und nicht vielmehr, wie nachgewiesen, aus seinem eigenen, vom Gesetz vorausgesetzten und deshalb bedingten Willen flössen, wodurch die negotiorum gestio den Charakter eines zwischen gestor und dominus geschlossenen conditionellen Contracts erhält, woraus erst die Bezeichnung der „Quasicontracte" ihr wahres Licht und innere Berechtigung empfängt [1]), und wonach das Erworbensein der beiderseitigen Rechte sich, da sie durch wirklichen und angenommenen individuellen Willen vermittelt sind, mit Nothwendigkeit ergibt.

Dieselbe Natur wie die negotiorum gestio hat auch die condictio indebiti auf seiten des Empfängers. Das Gesetz kann bei ihm den normalen Willen unterstellen, für den eventuellen Fall, daß eine Schuld nicht vorhanden sei, zurückzuzahlen. Die Unterstellung eines entgegengesetzten eventuellen Willens würde einen dolus in sich schließen [2]), der nicht präsumirt werden kann. Es erscheint daher ganz consequent und der vorstehenden Natur der Sache entflossen, wenn der Code Napoléon, art. 1376, ausdrücklich erklärt: „Celui qui reçoit par erreur ou sciemment ce qui ne lui est pas dû, *s'oblige* à le restituer à celui de qui il l'a indûment reçu."

---

1) Die Institutionen bewältigen diese innere Berechtigung also durchaus nicht, wenn sie in der äußerlichsten Weise definiren „sed tamen, quia non ex maleficio substantiam capiunt, quasi ex contractu nasci videntur" (Inst., III, 27). S. über den Quasicontract später beim Erbrecht (Bd. 2).

2) Denn das beim Empfänger vorhandene Bewußtsein der Nichtschuld schließt sogar nach Röm. Recht einen Diebstahl in sich ein. L. 18 de cond. furtiva (13, 1): „. . . furtum fit, cum quis indebitos numos sciens acceperit."

D. Usucapion.

Rechte, welche scheinbar aus bloßen Ereignissen entspringen, können sich, auch ohne durch das Familienrecht vermittelt zu sein (s. sub A.), in solche auflösen, die, nach der Anschauung des Gesetzes, vielmehr der eigenen Willensaction des Individuums entflossen sind.

Dies ist der Fall bei der Usucapion (Ersitzung) und den ihr analogen Verjährungsarten (longi temporis praescriptio und nonusus bei Servituten).

Die Usucapion kann zunächst erscheinen als ein Recht, das blos durch den Ablauf eines Zeitraums entsteht; oder als ein blos positives zur Vermeidung von Unsicherheit und Streitigkeiten vom Gesetz eingeführtes Zweckmäßigkeitsinstitut. Dann würde das aus ihr entspringende Recht als ein blos vom Gesetz gegebenes, auch nach bereits vollendeter Usucapion durch ein dieses Institut aufhebendes oder ihre Folgen modificirendes neues Gesetz getroffen werden müssen. Diese Folgerung tritt aber nicht ein, weil jene Voraussetzung, auf der sie beruht, eine irrige wäre.

Der durch die Usucapion vermittelte Erwerb entspringt vielmehr aus dem Bewußtsein und der Thätigkeit des Individuums. Ich vermeinige eine Sache dadurch, daß ich sie mit meinem Wissen (bona fides) und Willen als die meinige setze und einen bestimmten Zeitraum hindurch als solche behandele. Das Wissen ihrer als der meinigen ist daher erforderlich, weil sonst der Wille, sie als die meinige zu setzen [1], ausgeschlossen oder wegen seines dolus unwirksam wäre. Es ist also der animus domini, der bestimmte Wille des Individuums, eine Sache als die seinige zu setzen und zu behandeln, welcher sie ihm als die seinige erzeugt. Die Usucapion hat also eine analoge Natur wie die Occupation einer herrenlosen Sache durch

1) Es reicht deshalb nicht die Abwesenheit der mala fides hin, sondern es ist das positive Wissen der Sache als der meinigen nothwendig, damit die Usucapion beginne, s. z. B. L. 1 C. de acqu. et ret. poss. (7, 32), per liberam personam ignoranti quoque possessionem adquiri, et *postquam scientia intervenerit, usucapionis conditionem inchoari posse* etc.

den individuellen Willen, nur, daß bei der Usucapion der Erwerb nicht durch die bloße Ergreifung geschehen kann, sondern das Individuum sie eine bestimmte Zeit hindurch als die seinige gewollt und behandelt haben muß, ohne daß in dieser Zeit der Eigenthümer seinen Willen an ihr gesetzt hat. Nur die quantitative Bestimmung dieser Zeitdauer, welche der Wille und die Thätigkeit des Individuums braucht, um wirksam zu werden und die einem Dritten gehörende Sache für sich zu erwerben, ist wahrhaft positiver Natur an der Usucapion.

Ist daher die vom Gesetz gegebene Frist einmal abgelaufen, so ist die Usucapion als ein durch die individuelle Willensaction vermittelter Erwerb ein wahrhaft erworbenes Recht, welches daher durch kein späteres die Usucapion modificirendes Gesetz berührt werden darf.

Zugleich folgt gerade aus dem Gesagten von selbst, daß die quantitativen Fristen, innerhalb deren die Usucapion wirksam wird, als rein positive und nur vom Gesetz gegebene Bestimmungen, eben deshalb während ihres Laufs jedem Gesetzwechsel unterworfen bleiben und durch ein Eintreten desselben sofort verlängert und resp. verkürzt werden müssen. Hier wird keine individuelle Handlung ex post verändert, da die wirksame individuelle Handlung bei der Usucapion nur die Eine ist, welche erst mit ihrer Ausdehnung über den bestimmten Zeitraum vollbracht ist und die einzelnen Thathandlungen des Individuums bis dahin blos eine factisch vorbereitende, keine juristisch oder begrifflich wirksame Natur haben.

E. Unterlassungen. Klagverjährung; obligatio naturalis und civilis. — Erleichterndes Gesetz; Beweisförmlichkeiten und Formen für das Dasein eines civilen Willens.

Rechte, welche aus bloßen Unterlassungen entstehen, sind durch individuelle Handlungen vermittelt und haben somit die Natur erworbener Rechte, wenn diese Unterlassungen ein verstecktes Handeln darstellen.

Dies ist der Fall, wenn Gesetze die Erhaltung von Rechten an ihre Wahrnehmung innerhalb eines bestimmten Zeitraums

knüpfen (vgl. §. 6). Das Nichthandeln innerhalb desselben wird hier zum Handeln; zur freiwilligen Entäußerung des vorhanden gewesenen Rechts. Dies tritt ein bei der Klagverjährung. [1])

Es ist dieser Gedanke, welcher Paulus zu dem Ausspruche bestimmt: „Qui non facit quod facere debet, videtur facere adversus ea quia non facit." [2])

Wenn hiernach seitens des Gläubigers bei der Klagverjährung stillschweigend ein freiwilliges individuelles Handeln vorliegt, so wird nicht weniger auf seiten des Verpflichteten ein solches nachweisbar sein. Denn wenn man auch hierauf die Regeln von der Schenkung und dem Verzicht anwenden will, nach welchen im allgemeinen stets Acceptation erforderlich ist, um den Verzicht bindend zu machen [3]), so würde doch schon die allgemeine Annahme schwerlich eine erhebliche Schwierigkeit verursachen können, daß, wo der Verzicht ein stillschweigender ist, auch der Natur der Sache nach die Acceptation desselben nur eine stillschweigende zu sein braucht, ja häufig nur sein kann und daher hinreichend in dem Factum der Nichtzahlung vorliegt. Hiermit würde auch übereinstimmen, daß in den sehr wenigen Fällen, wo Schenkungen durch bloße Unterlassungen zulässig sind [4]), eine besondere Acceptation nicht gefordert wird und häufig selbst nicht denkbar erscheint.

In der That aber ist es zu einer gründlichern Beseitigung dieser Schwierigkeit erforderlich, den Umfang der Entäußerung genauer zu bestimmen, welche in der Handlung des Berechtigten vorliegt, wobei sich zugleich Licht über eine andere vielbestrittene Frage ergeben wird. — In dem Eintretenlassen der Klagverjährung liegt seitens des Berechtigten nicht die nothwendige Absicht, den Schuldner zu bereichern, es liegt nicht die positive Absicht

---

1) Wegen dieser ihrer eine freiwillige Handlung darstellenden Natur muß es daher heißen: „agere *non valenti non currit* praescriptio".

2) L. 121 De R. J. (50, 17), cf. L. 28 pr. de V. S. (50, 16): Eum quoque *alienare* dicitur qui non utendo amisit servitutes.

3) Vgl. v. Meyerfeld, Die Lehre von den Schenkungen (Marburg 1835), I, 208, und Fritz im Jur. Archiv, VIII, Nr. 15.

4) Vgl. Savigny, System, Beil. IX zu Bd. 4.

nothwendig darin, nicht bezahlt zu werden, sondern nur dies liegt darin: es auf den freien Willen des andern ankommen lassen zu wollen, ob er werde zahlen wollen oder nicht. Hieraus folgt also: es wird nur auf das Zwangsmittel zur Beitreibung der Forderung verzichtet, nicht auf diese selbst[1]), oder, was hierdurch wieder nothwendig gegeben ist, es wird nur auf den civilen Charakter der Obligation verzichtet, die *obligatio naturalis* bleibt bestehen.[2])

Wer eine Schuld, die nur eine obligatio naturalis darstellt, freiwillig bezahlt oder expromittirt, schenkt dadurch nicht, weil er den andern dadurch nicht wirklich bereichert, sondern obgleich er nicht durch Zwang zur Zahlung angehalten werden konnte, ihm doch nur leistet, was ihm ohnehin wirklich zustand.[3]) „Der Umfang des Vermögens ist dadurch nicht erweitert."[4])

Dies wird daher, wenn durch die Klagverjährung die obligatio naturalis nicht aufgehoben wird, jeder auch für die Zahlung der verjährten Schuld gelten lassen müssen. Bewirkt die Zahlung der bloßen obligatio naturalis keine Bereicherung des Gläubigers, weil diese ohnehin im rechtlichen Sinne zu seinem

---

1) Ein Gegensatz, den man gewöhnlich, obgleich nicht ganz angemessen, so ausdrückt: daß die actio, nicht das Recht, zerstört wird.

2) Aus der obigen Entwickelung scheint uns ein entscheidendes Licht auf die sehr controverse Frage zu fallen, ob die Klagverjährung eine obligatio naturalis übrig läßt oder nicht (s. die Literatur bei Savigny, System, V, 373, Note), eine Frage, die ohnehin von den meisten und angesehensten Autoren im bejahenden Sinne entschieden wird. Näher hier darauf einzugehen, ist nicht am Ort. Nur soviel ist zu bemerken, daß das hier von der Klagverjährung Gesagte natürlich nur von den persönlichen Klagen gelten kann. Bei den Klagen in rem liegt der Schwerpunkt in der von der Klagverjährung ganz verschiedenen Usucapion, d. h. in der individuellen Thätigkeit, bei welcher sich (s. oben sub D.) der individuelle Wille durch seine Thätigkeit die Sache als die seinige erzeugt (erwirbt), ganz unabhängig von dem Eigenthümer, und daher actio und obligatio zugleich ausschließt. Die auch bei der Usucapion seitens des frühern Eigenthümers unterlaufende Nichthandlung und Klagverjährung tritt hier ganz in den Hintergrund und gibt nur die bloße Möglichkeit für den Usucapienten ab, sich das Eigenthum zu erzeugen.

3) L. 19, §. 4 de don. (39, 5); L. 64 de cond. indeb. (12, 6) „... naturale agnovit debitum."

4) Worte Savigny's, IV, 53.

Vermögen gehört, so kann auch die in einer Unterlassung bestehende Handlung, durch welche eine civile Obligation zu einer blos naturalen wird, keine rechtliche Bereicherung des Schuldners bilden. Dieser Rückschluß ist bereits von Savigny versucht worden.[1]) Derselbe geräth jedoch dabei wieder ins Schwanken. „Für ganz entscheidend", sagt er[2]), „dürfte indessen dieser Grund nicht gelten. Die naturalis obligatio hat ihren Halt, abgesehen von zufälligen Zwangsmitteln, in der rechtlichen Gesinnung des Schuldners, und darum hauptsächlich gilt hier die freiwillige Zahlung oder Expromission nicht als Schenkung, sondern als gewöhnliche Schuldenzahlung. Wenn aber der Gläubiger die Klagverjährung wissentlich ablaufen läßt, welches nur eine Form des Erlasses ist, so ist durch dessen Willen in dem Schuldner jener Beweggrund (der freiwilligen Pflichterfüllung) aufgehoben."

Es muß aber bereits klar sein, auf welcher nicht hinreichend scharfen Unterscheidung dieser Einwurf, den Savigny sich macht, beruht, und wie er mit der obigen Begriffsbestimmung von selbst verschwindet. Es ist nämlich nicht wahr, daß die Klagverjährung eine „Form des Erlasses" ist. Denn die Schuld selbst wird bei ihr nicht erlassen[3]), sondern nur, indem auf die

---

1) System, IV, 583: „Da nun durch die Klagverjährung lediglich eine civilis obligatio in eine naturalis verwandelt wird, so scheint auch diese umgekehrte Veränderung nicht als Schenkung betrachtet werden zu dürfen."

2) Das. Note a.

3) Dies beweist sich aufs strengste durch die juristische Wirkung, welche der naturalis obligatio noch immer als *exceptio* zukommt, z. B. zum Behuf der Compensation oder bei dem Pfandrecht u. s. w. Eine solche fortdauernde juristische Wirksamkeit der naturalis obligatio wäre ja aber schlechterdings unmöglich, wenn durch die Reducirung der *civilis obligatio* auf die *naturalis obligatio* die Schuld selbst erlassen würde [gleichviel ob diese Reduction durch Klagverjährung oder durch eine andere ebenso wirkende Ursache vor sich geht, wie z. B. die Proceßverjährung, von der ja ganz positiv feststeht, daß sie — L. 8, §. 1 ratam rem (46, 8) — ein „naturale debitum", das compensirt werden kann u. s. w., zurückläßt]. Ja, wer einmal, wie Savigny, der Ansicht ist, daß die Klagverjährung eine naturalis obligatio bestehen läßt, der müßte dann ja, weil doch durch sie eben gar nichts anderes bewirkt wird als die Reduction der civilis auf die naturalis obligatio, wenn diese dennoch einen Schulderlaß in sich schließen soll,

Zwangsmittel verzichtet wird, die Bezahlung derselben in den rechtlichen Willen des Schuldners gestellt. [1])

Indem nun aber der rechtliche Wille auf die freiwillige Pflichterfüllung gerichtet sein soll, fällt, weil eben nur an diesen Willen appellirt, die Schuld selbst aber nicht erlassen worden ist, der Beweggrund der freiwilligen Pflichterfüllung durchaus nicht fort und die naturalis obligatio bleibt bestehen. Oder, was der richtigere und den wahrhaften Grund enthaltende Ausdruck der Sache ist, es ist wegen des Verzichts auf den Zwang noch nicht die positive Absicht, den Schuldner zu bereichern, vorhanden. Der Gläubiger hat sich nur der Zwangsmittel entäußert, nicht der Forderung selbst. Diese freiwillige, aber auf die bloßen Zwangsmittel beschränkte Entäußerung des Gläubigers liegt sogar auch dann vor, wenn derselbe aus bloßer Nachlässigkeit die Klagverjährung eintreten ließ. Denn wer sich um die Formen und Bedingungen, welche ihm das jus civile zur gesicherten Erlangung seiner Rechte vorschreibt, nicht bekümmert, verzichtet allerdings freiwillig auf diese ihm durch das positive Recht dargebotene Sicherheit und kann somit um jedes civile Mittel zur Durchführung seiner Ansprüche kommen; allein eine positive Absicht zu schenken ist auch bei ihm nicht vorhanden. [2])

Wenn aber feststeht, daß die Klagverjährung seitens des Gläubigers, obwol eine freiwillige Handlung desselben und eine

---

ebenso gut bei allen andern freiwilligen Handlungen, durch welche ich Anlaß zu einer diese Reduction bewirkenden exceptio (z. B. zur exceptio SC. Macedoniani) gebe, einen solchen Erlaß der Schuld annehmen.

1) Dies ist also der durchgreifende Gedankenunterschied zwischen dem Eintretenlassen der Verjährung und zwischen der Acceptilation oder dem Pactum, welche eben den Erlaß der Schuld selbst darstellen und deshalb durch ihre Vertragsform auch die besondere Acceptation des Schuldners erfordern.

2) Die Klagverjährung ist, wie ihr Begriff und ihre Geschichte gleichmäßig zeigen, zunächst ein rein positives Rechtsinstitut. Zu einer Willensaction des Individuums wird sie erst dadurch, daß unter dem Dasein dieses Gesetzes das Individuum die von demselben gegebenen Fristen, welche ihm zur Wahrung seiner Rechte gestellte Bedingungen ausmachen, freiwillig verstreichen läßt. Das ursprünglich rein legale Recht wird also, wie bei der Klage (s. §. 3 und 6), durch Ergreifung desselben durch das Individuum zu einem individuellen, nur daß hier die Handlung in der Form des Nichthandelns auftritt.

Entäußerung der Zwangsmittel darstellend, dennoch keine nothwendige Absicht zu bereichern in sich schließt, so ist damit auch erklärt, warum bei diesem Verzicht keine besondere Acceptation hinzuzutreten braucht, um denselben bindend zu machen.

In der That liegt aber diese Annahme, stillschweigend wie der Verzicht des Gläubigers, ebenso auf Seite des Schuldners vor.

Wenn der Gläubiger durch seine Unterlassung erklärt, daß die Zahlung der Schuld auf den Willen des Schuldners ankommen solle, so ist die Unterlassung des Letztern — das Nichtzahlen innerhalb der Verjährungsfrist — gleichfalls ein verborgenes Handeln, durch welches er dies annimmt, daß es von nun an auf seinen Willen ankommen solle. [1]) Dies ist auch dann der Fall, wenn der Schuldner aus bloßer Sorglosigkeit oder Unkenntniß der Schuld nicht gezahlt hat. Diese Sorglosigkeit und Unkenntniß selbst drückt gewiß aus, daß er damit zufrieden ist, wenn civile Zwangsmittel gegen ihn untergehen und die Erfüllung seiner rechtlichen Pflichten in seine natürliche und moralische Verbindlichkeit übergeht. [2]) Wer dies nicht will, wer den Gläubiger gegen sich selbst oder z. B. seine eigenen Erben sichern will, der muß sich um seine Schulden bekümmern und vor dem Ablauf der Verjährung zahlen. Es liegt also ein zwar stillschweigendes, aber deshalb nicht weniger vollständiges beiderseitiges Uebereinkommen vor, durch welches ein ursprüngliches Geschäft des Civilrechts aus der Sphäre des Civilrechts heraus- und in den freien naturalen Willen hineinversetzt wird, gerade so, wie es den

---

1) Es fällt von hier aus ein Blick mehr auf die Bedeutung der Regel des Ulpian, L. 1 de except. (44, 1): „Agere enim is videtur qui exceptione utitur, nam reus *in exceptione actor est.*" Wenn der handelt, der sich einer Exception bedient, so handelt gewiß auch der, der sich durch willkürliches Nichthandeln diese Exception schafft.

2) Die bestimmte Hervorhebung dieses Punktes ist durchaus nicht überflüßig, denn es verhält sich allerdings so, daß keinem eine Vermögensvergrößerung wider seinen Willen aufgezwungen werden und hierin sogar eine injuria liegen kann; s. Böcking, Pandekten des Röm. Privatrechts, I, 366, Note 12. Aus dem Obigen folgt nun aber auch, daß der Schuldner trotz der bereits eingetretenen Klagverjährung vom Gläubiger nicht gehindert werden kann, die verjährte Schuld zurückzuzahlen.

Parteien ja von vornherein freigestanden hätte, ihre Handlungen so einzurichten, daß sie gleich ursprünglich den Kreis des Civilrechts vermieden und nur ein Verhältniß zu dem blos natürlichen Willen begründeten.

Wenn unter einem Gesetze, welches bei einem Darlehnsvertrage die civile Gültigkeit der Zinsverabredung von dem Dasein eines schriftlichen Vertrags abhängig macht[1]), der Gläubiger unter blos mündlicher Verabredung auf Zinsen borgt, so ist hierbei gewiß von keiner Absicht zu bereichern seiten des Gläubigers die Rede. Diese ist durch seine eigene Handlung — die mündliche Verabredung Zinsen zu zahlen — vielmehr ausdrücklich ausgeschlossen, und die Errichtung eines schriftlichen Vertrags nur wegen eines Vertrauens auf die Gesinnung des Schuldners oder aus Nachlässigkeit unterlassen worden. Aber diese Verpflichtung wurde durch die Unterlassung des schriftlichen Vertrags von beiden Seiten von vornherein außerhalb der Civilrechtssphäre in den blos naturalen Willen des Schuldners gesetzt und bleibt daher nur an diesen gebunden.

Da somit ganz ebenso die Klagverjährung das beiderseitige Uebereinkommen in sich schließt, die Erfüllung einer früher civilen Verpflichtung jetzt in den naturalen Willen des Schuldners zu setzen, so wird natürlich dieses Uebereinkommen, wenn es einmal, durch Ablauf der Frist, eingetreten ist, durch spätere, die Klagverjährung aufhebende Gesetze nicht mehr geändert, während ebenso natürlich solche während der Verjährungsfrist — also ehe ein Uebereinkommen vorliegt — eintretende, die Verjährung aufhebende oder modificirende Gesetze sofort einwirken müssen.

Vielleicht würde man gegen diese Darstellung einwenden wollen, sie laufe, da sie die Klagverjährung als ein Uebereinkommen auffaßt, welches die Schuld zwar nicht erläßt, aber ihre Entrichtung nur an den naturalen Willen des Schuldners bindet,

---

1) So z. B. Allg. Landrecht, Thl. I, Tit. 11, §. 729: „Soll aber ein Darlehnsvertrag auf eine andere bestimmte Zeit gegen Interessen oder auf andere Bedingungen geschlossen werden, so ist, wenn dem Gläubiger eine Klage auf Erfüllung dieser Verabredungen zustehen soll, ohne Unterschied der geliehenen Summe ein schriftlicher Vertrag erforderlich."

auf eine Stipulation hinaus, durch welche der Schuldner unter der Bedingung, si velit, etwas verspricht, eine bekanntlich das Dasein einer Obligation ganz vernichtende Stipulation.[1]) Diese Vergleichung ist zwar von scheinbarer, in der That aber von gänzlich täuschender Natur. Wenn ich stipulire und dabei meine Verpflichtung an die bloße Bedingung meines Willens binde, so begehe ich den sich selbst aufhebenden Widerspruch, daß ich gleichzeitig mich civilrechtlich verpflichte, und diese civilrechtliche Verpflichtung zugleich auch wieder aufhebe, indem ich sie an meinen natürlichen Willen binde. Durch diese Gleichzeitigkeit stellt die Erklärung einen sich absolut zerstörenden innern Widerspruch dar. Indem ich zugleich stipulire und die Stipulation wieder aufhebe, habe ich nothwendig nichts gethan.[2])

Ganz anders stellt sich das Verhältniß in dem von uns betrachteten Fall. Hier ist — bei der Klagverjährung —, indem der civilrechtliche Zwang nicht, wie bei der rein potestativen Stipulation, durch die Uebereinkunft selbst erst gesetzt wird, sondern ihr vielmehr vorausgeht[3]), und durch sie nur aufgehoben

---

1) L. 17; L. 46, §. 3; L. 108, §. 1, de verb. oblig. (45, 1); L. 7 pr. de contr. emt. (18, 1); vgl. Allg. Landrecht, Thl. I, Tit. 4, §. 108, und Code Nap., Art. 1174.

2) Durch ein interessantes Urtheil entschied der pariser Cassationshof am 31. Dec. 1834 (Sirey, 35, 1, 525), daß ein Kaufcontract, welcher die Bestimmung enthielt, daß der Kaufpreis zahlbar sein solle „*à la volonté* de l'acquéreur" und bis dahin jährlich exigible Zinsen tragen solle, keine ungültig machende potestative Bedingung in sich schlösse, weil er eine Rentenconstitution darstelle. — Wir halten die Entscheidung für richtig, aber schwerlich das so ausgedrückte Motiv. Einen Rentenconstitutionsact hatten die Parteien nicht beabsichtigt, und schon deshalb konnte der Act nicht wohl für einen solchen ausgegeben werden. Aber durch die jährlich exigibeln Zinsen war allerdings hervorgebracht, daß der Act nicht den oben entwickelten Widerspruch enthielt, einen civilen Willen zu setzen und ihn wieder gänzlich aufzuheben und der naturalen Freiheit unterzuordnen. In Bezug auf die Hauptstipulation, die Kaufpreiszahlung, war dies der Fall. Aber es blieb die civile Verpflichtung, dann Zinsen zu zahlen. Es war somit etwas gethan, ein civiler Zwang übrig geblieben und somit die Selbstzerstörung, welche, wie oben gezeigt, das Wesen der conditio si velit bildet, nicht vollbracht.

3) Mit diesem Vorausgehen des Zwangsverhältnisses hängt es auch zusammen, daß bei der Erbeinsetzung des Suus, welcher unfreiwilli-

wird, allerdings etwas gethan worden, und zwar etwas sich selbst durchaus nicht Widersprechendes und sehr Wirksames. [1])

Gesetze über Klagverjährung — dies war also das Resultat unserer Entwickelung — können deshalb auf bereits verjährte Forderungen nicht rückwirken, weil, wenn einmal durch die beiderseitige individuelle Willensaction in gültiger Weise eine Verpflichtung von dem blos naturalen Willen abhängig gemacht und dem Civilzwange entsagt worden ist, diese Beschränkung der Verpflichtung auf den naturalen Willen und diese Entsagung auf den Civilzwang durch spätere Gesetze nicht verändert werden kann, ohne frühere individuelle Handlungen zu alteriren und ihre Wirksamkeit zu entstellen.

Damit haben wir aber zugleich das Gesetz für eine sehr wichtige Frage entwickelt, die nur in diesem Zusammenhange in ihrer wahren Natur zu begreifen ist, und deren Verkennung die falschesten Entscheidungen zur Folge gehabt hat. Diese Frage

---

ger Erbe ist, die Hinzufügung der Bedingung si velit nicht ungültig ist, sondern seine Verpflichtung vielmehr wirksam aufhebt und den Erwerb der Erbschaft für ihn zu einem freiwilligen macht (L. 86 de her. inst., 28, 5; L. 12 de cond. inst., 28, 7). Man kann nicht sagen, es komme dies daher, weil dem Suus durch das Testament auch erst das — durch die Willensbedingung nur modificirte — Recht übertragen werde. Der Suus empfängt das Recht nicht durch das Testament. Er hat es vor demselben und trotz desselben, wenn er in ihm präterirt ist. Damit er es nicht habe, muß er formell exhäredirt, das Recht ihm also durch das Testament erst genommen sein. Auch wird, da der Suus ja eben zur Erbschaft gezwungen ist, durch das si velit nicht sein Recht, sondern nur seine Verpflichtung aufgehoben, und es ist dies also allerdings eine Bestimmung, durch welche die Verpflichtung eines Verpflichteten an seinen naturalen Willen gebunden wird. Die Zulässigkeit kommt daher, daß die civilrechtliche Verpflichtung dem Testament bereits vorhergeht und durch dasselbe nur aufgehoben, nicht gesetzt und aufgehoben zu gleicher Zeit wird. — Nicht hierher zu ziehen ist der ganz anders zusammenhängende Fall der Conditio si velit beim Legat.

1) Und ebenso liegt in dem obigen Beispiel, wo kein schriftlicher Vertrag über die Zinsverabredung gemacht wurde, nicht der logische Widerspruch vor, zugleich eine civile Pflicht einzugehen und sie an den naturalen Willen zu binden, d. h. aufzuheben, sondern es ist nur eine Verpflichtung des blos naturalen Willens hervorgebracht und die Civilsphäre in Bezug hierauf ganz vermieden worden; ein ganz logisches und darum vollständig wirksames Thun.

wäre, bei strengster Festhaltung der logischen Disposition des Werks, erst an anderer Stelle zu entwickeln. Da aber ihre Beantwortung ihrer innern Natur nach ganz aus der letzten Entwickelung resultirt, so ist es ein wesentlicher Vortheil der Kürze und Deutlichkeit, dieselbe gleich hier anzureihen. Es wird daher im Interesse der logischen Disposition genügen zu bemerken, daß hier eigentlich der §. 2, d. h. der Nachweis des versteckten Umfangs des Begriffs, sein Ende erreicht hat und der nachfolgende Excurs nur deshalb hier seine Stelle findet, weil die betreffende Frage doch nur im Zusammenhange mit der gegenwärtigen Entwickelung zu begreifen ist und durch ihre Einreihung hierselbst daher sonst unerlaßliche weitläufige Wiederholungen vermieden werden. — Wir stellen die Frage gleich so, wie sie ihrer begrifflichen Natur nach wirklich gestellt werden muß, obgleich sie in den Fällen, in welchen sie innerlich zur Anwendung kam, eben nicht so gestellt worden ist und hieraus dann die irrigen Entscheidungen fließen mußten.

Wie wird es sich nämlich verhalten, wenn der blos naturale Wille durch eine Aenderung in der Gesetzgebung in die Lage kömmt, nunmehr auch den Anforderungen zu entsprechen, die an das Dasein eines civilen Willens gestellt werden? Wird die zur Zeit der Handlung in den blos naturalen Willen gesetzte Verpflichtung durch das neue Gesetz, wenn nach diesem dieselbe Handlung jetzt auch zur Begründung eines civilen Willens hinreichen würde, hierdurch nachträglich zu einer civilen Verpflichtung?

Die Frage braucht aber nur so gestellt und durch diese Art der Fragestellung in ihre wahrhafte begriffliche Natur aufgelöst zu werden, um nach dem oben Entwickelten ihre unbedingte Verneinung gewiß zu machen. Denn es würde sonst eine unzweifelhafte Rückwirkung vorliegen. Es würde durch diese vom Individuum ungewollte Verwandelung seines naturalen Willens in einen civilen ihm Gewalt angethan, die Freiheit, die es sich vorbehielt, aufgehoben und seiner Handlung eine größere Wirksamkeit aufgezwungen, als sie nach der Absicht der sich mit der Verpflichtung des naturalen Willens begnügenden, dem Civilzwange entsagenden Individuen hatte und haben sollte.

Dies kommt zunächst zur Anwendung bei der schon oben

(S. 136, Anm. 1) beispielsweise angezogenen Vorschrift des Allg. Landrechts, nach welcher die Zinsverabredung beim Darlehen nur dann eine Klage „auf Erfüllung dieser Verabredung" erzeugen soll, wenn ein schriftlicher Vertrag darüber geschlossen worden.

Wenn nun ein neues Gesetz diese Nothwendigkeit des schriftlichen Zinsversprechens aufhöbe, würde eine unter dem Allg. Landrecht getroffene mündliche Zinsverabredung dadurch wirksam werden? Man entscheidet diese Frage verneinend, und diese Entscheidung ist richtig. Aber es ist nicht blos von theoretischem, sondern, wie sich bald zeigen wird, von handgreiflich praktischem Interesse, darzuthun, wie die Gründe, auf welche man diese Entscheidung stützt, nicht erschöpfend sind und deshalb in ihren Consequenzen auf große materielle Irrthümer geführt haben und führen mußten.

Man gründet diese Entscheidung darauf, daß die Form eines Rechtsgeschäfts stets nach den Gesetzen zur Zeit seiner Vollbringung zu beurtheilen sei, und verwechselt dabei, sie unterschiedslos als identisch betrachtend, diejenige Form des Rechtsgeschäfts, welche nach dem Gesetze zum Dasein eines civilen Willens überhaupt erforderlich ist, und diejenige Form, welche vom Gesetze blos für die Beweisfähigkeit einer Handlung gefordert wird.

Wenn man diese Unterscheidung nicht macht, so ist die Formel, daß es in Bezug auf die Form des Rechtsgeschäfts auf das Gesetz zur Zeit der Handlung ankommt, zwar unbedingt richtig, wenn das spätere Gesetz die Formen des Rechtsgeschäfts erschwert. Denn hier würde durch die Anwendung des spätern Gesetzes die frühere gewollte Handlung des Individuums vernichtet werden. Aber die Formel wird sofort schwierig und zweifelhaft, wenn das neue Gesetz die Form des Rechtsgeschäfts nicht erschwert, sondern erleichtert, und seine Anwendung somit nur die Aufrechthaltung des individuellen Willens hervorbringt. Hier wird die Formel nicht mehr unbedingt gelten [1]), und auch wo sie gilt, scheint sie ihren innern Grund, ihre begriffliche Wahrheit zu verlieren. In der That, worauf gründet sich jene

---

1) z. B. nicht bei den Testamenten, vgl. Allg. Landrecht und unten §. 11.

Formel, daß der Contract nach den Gesetzen zur Zeit seiner Schließung zu beurtheilen sei? Darauf, daß die individuelle Willensaction nicht rückwirkend denaturirt werden darf. In dem von uns unterstellten Falle war aber die individuelle Handlung die, daß der Schuldner, wie wir voraussetzen, eingestandenermaßen Zinsen zu leisten verabredet hat. Wie also, wenn nicht weiter unterschieden wird, könnte er sich bei Anwendung des neuen Gesetzes über rückwirkende Entstellung seiner individuellen Willensaction beschweren?

Die hier entwickelte Schwierigkeit gewinnt nur eine äußere Consistenz mehr unter der Herrschaft des Allg. Landrechts durch den §. 17 der Einleitung desselben, welcher verordnet:

„Frühere Handlungen, welche wegen eines Mangels der Förmlichkeit nach den ältern Gesetzen ungültig sein würden, sind gültig, insofern nur die nach den neuern Gesetzen erforderlichen Förmlichkeiten zur Zeit des darüber entstandenen Streits dabei angetroffen werden."

Allerdings wird dieser Paragraph von fast allen Schriftstellern (Savigny, VIII, 409 fg.; Bornemann, S. 17 fg.) hart getadelt. Aber seine relative Richtigkeit, die wol hier bereits durchschimmert, wird uns bald ganz deutlich zu Tage treten. Und jedenfalls muß diese gesetzgeberische Bestimmung das Gewicht der eben entwickelten begrifflichen Einwendungen gegen die ausreichende Richtigkeit der Formel noch verstärken.

Faßt man die Formel tempus regit actum gar ausdrücklich, wie häufig geschieht, als eine Regel über die Beweisfähigkeit der Handlung auf, so bleibt sie richtig, wenn das neue Gesetz früher zulässige Beweismittel aufhebt. Denn die Beweiskraft, die der bestimmten Form einer individuellen Handlung nach dem Gesetze beiwohnt, ist ein von dem Individuum, das diese Handlung vornahm, wie jeder andere Theil seiner Handlung freiwillig Gesetztes und somit wie alles seiner Handlung Innewohnende von ihm Erworbenes.[1]) Das Individuum

---

1) Diese erworbene Natur der in einer Handlung nach dem Gesetz zur Zeit ihrer Vollbringung liegenden Beweiskraft verkennt Bergmann gänzlich, wenn er S. 27 meint, daß nach der reinen Idee der Sache, die er in höchst gespenstischer Weise überall zu den positiven Rechten in

wählte diese Form der Handlung, weil sie nach dem Gesetze bereits genügte, den Beweis zu erbringen, und würde andernfalls eine andere Form gewählt haben. Hier also kann man allerdings die Fiction anwenden, daß die Individuen beim Contract auch über die Zulässigkeit der zur Zeit gesetzlich zulässigen Beweismittel

---

Gegensatz bringt, auch das zur Zeit der Handlung zulässige Beweismittel durch das neue erschwerende Gesetz ausgeschlossen werden müßte. Er gründet dies darauf, daß es beim Beweis auf die Ueberzeugnng des Richters ankomme, welche durchaus Sache der Gegenwart sei. „Es könnte demnach", sagt er, „bei jenem Resultate nicht darauf gesehen werden, ob die zu beweisende Thatsache in der Vorzeit geschehen sei, zu einer Zeit, wo man die Aussicht auf eine leichte Beweisführung hatte; es könnte nicht einmal darauf ankommen, ob sie bei einem pendenten Processe schon in der Vorzeit durch ein Urtheil bestimmt gewesen, wie der Beweis einzurichten sei, oder ob damals die Beweisführung schon vorgenommen worden — denn allen diesen Rechten und Erwartungen müßte die jetzige Wahrheit derogiren." Dieses Raisonnement wurzelt offenbar nur in dem gänzlichen Verkennen des Begriffs der Rückwirkung, der nur in der Aufhebung individueller Handlungen und durch sie erworbener Rechte besteht und also ebenso gut auch auf das durch eine Handlung erworbene Recht ihrer Beweiskraft platzgreift. Erscheint auch der Beweis dem Richter nach seinen jetzigen Urtheilsnormen nicht mehr als eine Wahrheit begründend, so können doch die Parteien innerhalb der Privatrechtssphäre, weil und soweit sie hier über das Object des Rechtsverhältnisses selbst willkürlich transigiren können, mit derselben gültigen und für den Richter verbindlichen Willkür bestimmen, was für sie eine Wahrheit oder derselben gleichstehende Wirksamkeit begründen solle. Die Pflicht des Richters, die Wahrheit nach seinem Bewußtsein zu untersuchen, tritt nur ein, insoweit eine solche Bestimmung von den Parteien nicht getroffen oder insoweit es sich um Dinge handelt, über welche die Privatwillkür nicht transigiren kann, weil sie dem jus publicum entflossen (hierüber s. §. 7). Aber auch bei diesen kann nicht die Rede davon sein, einer vollbrachten freiwilligen Handlung den Zeugenbeweis zu versagen, weil ein späteres Gesetz nur im schriftlichen Beweis die Wahrheit erblickt. Denn es würde diese Anwendung des neuen Gesetzes nicht blos die jetzige Beweiskraft der Vorschrift desselben unterwerfen, sondern vielmehr hervorbringen, daß die in mündlicher Form geschehene und nach dem Gesetze zur Zeit ihrer Vollbringung in dieser Form gültige und wirksame individuelle Handlung durch das neue Gesetz zu einem, weil nicht in schriftlicher Form gehandelt wurde, ungültigen und unwirksamen Handeln herabgesetzt würde. Es würde also die Anwendung des Gesetzes sich aus einer Anwendung auf die jetzige Beweiskraft in eine Anwendung auf die formelle Perfection der damaligen Handlung verkehren, d. h. in die schreiendste Rückwirkung, in die nachträgliche Vernichtung der formellen Gültigkeit individueller Handlungen.

contrahiren. Aber ganz anders stellt sich die Frage, und ganz falsch wird die Anwendung dieser Formel da, wo das neue Gesetz früher nicht zulässige Beweismittel zuläßt, z. B. den Zeugenbeweis, wo er früher ausgeschlossen war. In dem ersten Fall hat der Contrahent durch die damals beweisfähige Form, die er für seine Handlung wählte, diese Beweisfähigkeit als einen Theil der Handlung bildend zu einem Erworbenen gemacht. In dem zweiten Fall hat er, da er keine Handlung wählte, die nach dem damaligen Gesetze beweisfähig war, keinen Beweis seiner Handlung erworben, er hat nur kein erworbenes Recht auf Beweis, und steht somit schon darum unter der sofortigen Einwirkung des Gesetzes. Denn woher sollte er das Recht erworben haben, sich durch keine andern Beweismittel beweisen zu lassen, als durch die zur Zeit des Rechtsgeschäfts gesetzlich zulässigen, die er aber noch dazu damals nicht ergriff und in individuelle Handlungen verwandelte, die also umsomehr bleiben, was sie waren: bloße gesetzliche Bestimmungen?

Zur Zeit der Handlung waren diese Beweismittel unzulässig. Aber nur durch die Kraft des Gesetzes. Welche Beweismittel zulässig sein sollen — dies ist eine bloße Bestimmung des Gesetzes, an und für sich ganz unabhängig vom Willen des Individuums. Diese Bestimmung ist nun auch in keiner Weise vom Individuum verseinigt worden, denn durch Nichthandeln — Nichthandeln in der gesetzlich beweisenden Form, ein weiteres liegt nicht vor — erwirbt sich keiner Rechte, zu deren Erzeugung ja eben die individuelle Handlung erforderlich ist. Noch deutlicher wird dies vielleicht in folgender Wendung: Die Zulässigkeit eines Beweismittels kann erworben werden, wenn das Individuum dieselbe eben zu seiner Willensaction und Handlung macht. Sie überdauert daher den Gesetzwechsel. Die Unzulässigkeit eines Beweismittels dagegen ist eine rein prohibitive Bestimmung des Gesetzes, die somit von der individuellen Willkür unabhängig, niemals von selbst und stillschweigend als ein durch sie Gesetztes erscheinen kann. Um sie zu einem solchen zu machen, bedürfte es einer ausdrücklichen Vertragsbestimmung darüber, daß dies Beweismittel durch den Willen der Parteien stets ausgeschlossen bleiben soll, und eine solche Vertragsbestimmung liegt nicht vor, wo kein schriftlicher Vertrag vorliegt, oder würde

sich eventuell wieder nur durch Zulassung des Zeugenbeweises erweisen lassen können. Darin aber, daß die Parteien das gesetzlich unzulässige Beweismittel nicht ausdrücklich als zulässig bestimmt haben, liegt um so weniger eine stillschweigende Ausschließung seiner Zulässigkeit durch ihre eigene Willkür vor, als vielmehr eine solche Stipulation, solange das prohibitive Gesetz bestand, ganz ohne Wirkung geblieben wäre. Die übliche Fiction, die gesetzlichen Verordnungen als stillschweigend von den Parteien in den Contract geschriebene Willensbestimmungen zu betrachten, läßt sich nur auf solche Gesetze anwenden, die vermittelnder, nicht absoluter Natur sind, d. h. auf solche, die auch ein Abweichen von ihrer Vorschrift der individuellen Willkür gestatten. Hier wird durch das Nichtabweichen von der gesetzlichen Regel der Rückschluß begründet, daß der individuelle Wille, gerade weil er von der gesetzlichen Regel abweichen konnte und dies nicht that, auch nicht abweichen wollte und somit ihren Inhalt als seinen individuellen Willen und Bedingung stillschweigend in den Contract gesetzt hat. Allein jede logische Möglichkeit dieses sich nur auf das Abweichen können gründenden Schlusses fällt fort, wo das Gesetz ein absolutes und deshalb den individuellen Willen ausschließendes war. [1]) Das Festhalten jener Formel für diesen Fall, in welchem ihr Sinn verschwunden, wird zum sinnlosesten Formelkram! Ebenso liegt in dem Nichthandeln in der damals beweisenden Form nur, wir wiederholen es, ein Nichterwerben von Beweis, nicht ein Erwer-

1) Es ist nur dieselbe streng logische Unterscheidung, welche z. B. das französische Gesetz vom 18. Pluviôse V veranlaßt hat, einen Unterschied zu machen zwischen den Erbschaftsentsagungen der Töchter, welche vor dem die Gleichheit im Erbrecht herstellenden Gesetz vom 8. April 1791 unter Gewohnheitsrechten ausgegangen waren, welche die Töchter ohnehin von der Erbschaft ausschlossen und unter solchen, welche das nicht thaten. Auf den Vorschlag von Tronchet entschied der Gesetzgebende Körper, daß die Töchter, welche früher unter der Herrschaft der Coutûmes d'exclusion entsagt hatten, schon zu den vom Datum des Gesetzes vom 8. April 1791 ab eröffneten Erbschaften berufen sein sollten, da diese Renonciationen nur „comme surérogatoire" zu betrachten seien; daß dagegen die Töchter, welche unter der Herrschaft von Coutûmes de non-exclusion entsagt hatten, erst von dem Conventsdecrete vom 5. Brumaire II ab, welches diese Entsagungen ausdrücklich vernichtet hatte, berufen sein sollten.

ben eines Rechts auf Nichtbeweis! Dies wird noch evidenter daran, daß die Frage, ob mein Mitcontrahent mir einen Beweis wird erbringen können, eine Frage ist nach dem objectiven Dasein einer Thatsache, die somit, mindestens wenn nicht ein ausdrücklicher Verzicht meines Mitcontrahenten vorliegt, ganz außerhalb der rechtlichen Einwirkung meines individuellen Willens liegt. Denn wenn auch die zu beweisende Thatsache in meiner eigenen Handlung besteht, so ist dieselbe, ehe ich sie vornahm, Sache meines freien Willens, einmal vorgenommen aber zu einer objectiven und von mir unabhängigen äußern Thatsache geworden, bei deren Nachweisung der Gegner es also durchaus nicht mit einem an meinen Willen Geknüpftes, sondern lediglich mit der richterlichen Ueberzeugung und der gesetzlichen Erlaubniß zu thun hat. Ein freiwilliger Verzicht aber auf den Zeugenbeweis, wo das Gesetz ihn ausschließt, ist gerade deshalb nicht bei ihm vorhanden, während sein Verzicht auf die beweisfähige Form des schriftlichen Vertrags nur ein Vertrauen und nichts hierüber Hinausgehendes, keinesfalls aber doch einen Verzicht auf Zeugen, sondern höchstens eben einen Verzicht auf Schrift darstellen können würde.

Wie sollte der Beklagte also in der Anwendung des neuen den Zeugenbeweis zulassenden Gesetzes eine Rückwirkung behaupten können? Die einzige Form, die einer solchen Behauptung zu geben wäre, wäre diese: Er habe damals ebendeshalb nur mündliche Verabredung getroffen, um überhaupt jeden Beweis seiner Handlung ausschließen, jede Spur ihrer Wirklichkeit verwischen zu können, und durch die Zulassung des Beweises verändere man die Absicht bei seiner individuellen Handlung, d. h. er würde seinen eigenen dolus einwenden und folglich nicht zu hören sein.

Wenn nichtsdestoweniger oben die Entscheidung (S. 139), daß auf die gegenwärtig unter dem Allg. Landrecht getroffene mündliche Zinsverabredung nicht ein die Nothwendigkeit des schriftlichen Vertrags aufhebendes neues Gesetz angewendet werden kann, von uns als richtig zugegeben worden ist, so beruht dies auf folgenden Gründen. Die in Rede stehende Vorschrift des Allg. Landrechts (Thl. I, Tit. 11, §. 729) bildet gar keine Verordnung über die Beweisfähigkeit der Zinsverabredung.

Indem sie nämlich sagt, es sei „wenn dem Gläubiger eine Klage auf Erfüllung dieser Verabredung zustehen soll", ein schriftlicher Vertrag erforderlich, unterstellt sie das wirkliche Dasein der mündlichen Verabredung und verweigert dennoch die Klage. Der Beklagte würde also hier die Wahrheit der vom Kläger behaupteten Zinsverabredung eingestehen können, und es wird gleichwol die Abweisung der Klage erfolgen müssen. Dies heißt aber nichts anderes, als daß diese Vorschrift des Allg. Landrechts die schriftliche Errichtung hier nicht als Beweismittel des Vertrags auffaßt, sondern als Bedingung für das Dasein eines civilen verbindlichen Willens überhaupt. Sobald diese Bedingung nicht eingetreten, ist nach dem Allg. Landrecht in Bezug auf die Zinsleistung die Verpflichtung nur in den naturalen Willen gestellt; der civile Wille ist gar nicht verpflichtet worden und darum kein richterlicher Schutz vorhanden.

Ist aber von den Parteien etwas in den blos naturalen Willen gestellt worden, so bleibt dies trotz alles Gesetzwechsels nothwendig bestehen, und der blos naturale Wille kann durch ein späteres Gesetz nicht in einen zwingenden civilen verwandelt werden, ohne die Wirksamkeit individueller Willenshandlung gewaltsam zu verändern.

Nun aber erst beginnt das praktische Interesse dieser Erörterung.

Wenn nämlich ein Gesetz, wie der Art. 1341 Code Nap. [1]), den Zeugenbeweis bei jedem Werthe über eine bestimmte Höhe ausschließt, und nun z. B. ein Darlehn ohne schriftlichen Beweis geschlossen worden ist, wird, wenn ein neues Gesetz die Unzulässigkeit des Zeugenbeweises aufhebt, der Zeugenbeweis für jenes Darlehn zulässig sein? Französische und deutsche Autoren haben mit einer seltenen Einstimmigkeit die Formel festgestellt, daß, weil die Beweisfrage kein ordinatorium, sondern ein decisorium litis bildet, und somit „plus au droit qu'à la forme" gehöre, die Frage nach der Zulässigkeit oder Unzulässigkeit eines

---

1) Il doit être passé acte devant notaire ou sous signature privée de toutes choses excédant la somme ou valeur de cent cinquante francs même pour dépôts volontaires, *et il n'est reçu* aucune preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes etc.

Zeugenbeweises lediglich nach dem Gesetz zur Zeit der Handlung zu beurtheilen sei. So z. B. Merlin [1]): „Ainsi s'agit-il d'une preuve par témoins? La forme dans laquelle il doit être procédé, dans les matières qui en sont susceptibles, ne dépend que de la loi du temps où la preuve se fait. Mais *la question de l'admissibilité ou de l'inadmissibilité de cette preuve* ne peut être jugé que par la loi du temps où l'action a pris naissance." Die zahlreichsten Entscheidungen des pariser Cassationshofes haben diese Formel bestätigt. [2]) Zwar sind diese Entscheidungen, da der Code civil das strengere Gesetz bildete, in Fällen ergangen, wo das neue Gesetz den früher zulässigen Zeugenbeweis ausschloß und sind somit in ihrem Fall ganz richtig. Allein es unterliegt keinem Zweifel, daß auch im umgekehrten Fall, wenn in solchen Gebieten, wo bisher der Code civil gilt, ein den Zeugenbeweis zulassendes Gesetz eingeführt werden würde, die tödtende Macht der Formel fortreißen und dieselbe Entscheidung herbeiführen würde. Ja, dies steht sogar ganz fest. Denn nicht nur bringt es die kategorische Form des angeführten Grundsatzes nothwendig so mit sich, sondern die Schriftsteller fassen auch ausdrücklich diesen Fall, daß das neue Gesetz früher unzulässige Beweismittel zuläßt, ins Auge und behaupten gleichwol die Anwendbarkeit jener Formel auch hierauf. So z. B. Merlin [3]): „S'il en est ainsi d'une loi ancienne qui admettait comme *probant* un acte à qui la loi nouvelle en refuse le caractère, si cet acte *conserve* sous la loi nouvelle la force probante que lui attribuait la loi ancienne, *il faut nécessairement dire, par la raison inverse que la loi nouvelle ne peut pas rendre probante* un acte qui, d'après la loi sous laquelle il a été passé, ne pouvait pas faire preuve." Denselben falschen Rückschluß findet man ausdrücklich bei Bergmann [4]): „Wenn ferner

---

1) Rép. de Jurispr. v° Effet rétroactif, Sect. I, §. 8, Thl. 5, S. 599.

2) S. Urth. des pariser Cassationshofs vom 18. Nov. 1806, vom 22. März 1810, vom 9. April 1811, vom 8. Mai 1811, vom 17. Nov. 1829, vom 16. Aug. 1831, vom 23. Mai 1832. Vgl. Toullier, Thl. 9, Nr. 61. Duranton, Thl. 1, Nr. 66.

3) a. a. O., V, 569.

4) a. a. O., S. 170.

für den Beweis gewisser Thatsachen besondere Beweismittel neu vorgeschrieben werden, welche sich zu verschaffen man bis dahin kein Interesse hatte, so können dergleichen Proceßgesetze als solche durchaus nicht auf ältere Thatsachen angewendet werden. Und das darf eigentlich nicht etwa nur in der Beziehung gelten, wenn durch neue Rechtsformen die Beweisführung erschwert ist, sondern muß auch dann eintreten, wenn sich in den neuen Gesetzen eine Erleichterung findet, von der sich nicht nachweisen läßt, daß sie in den einzelnen Processen beiden Parteien gleichmäßig zugute kommen würde. Die Parteien können sich in solchen Fällen mit Recht darauf berufen, daß, wenn sie die Zulässigkeit eines solchen Beweismittels vorausgesehen, sie sich in Ansehung des directen oder indirecten Gegenbeweises besser vorgesehen haben würden." [1])

Derselben Ansicht sind Savigny (VIII, 409 fg.) und Bornemann (S. 17 fg.), welche deshalb auch den oben bezogenen §. 17 der Einleitung zum Allg. Landrecht geradezu als theoretisch falsch verwerfen, ohne seine relative Richtigkeit anzuerkennen. [2])

Diesem Einklang der Autoren gegenüber ist es erforderlich, auf das unzweifelhafteste darzuthun, wie in dem beispielsweise von uns gestellten Fall des unter der Herrschaft des Art. 1341 Code Nap. ohne schriftlichen Beweis gegebenen Darlehns ein späteres, den Zeugenbeweis zulassendes Gesetz schlechthin zur Anwendung kommen müßte.

Beeilen wir uns, den principiellen Unterschied zu constatiren, der diesen Fall von dem vorher erörterten der mangelnden schriftlichen Zinsverabredung trennt. Wir haben dort gezeigt, wie der Beklagte die mündliche Zinsverabredung eingestehen könnte, ohne verurtheilt werden zu dürfen, wie also das Gesetz hierdurch den schriftlichen Vertrag nicht als bloßes Beweismittel, sondern als nothwendiges Requisit für das Dasein eines civilen bindenden Willens überhaupt hinstellt. Ganz anders in den Fällen des Art. 1341 Code Nap.; denn hier kann der Kläger, worüber kein Streit herrscht, durch gerichtliches Eingeständniß des Beklagten oder Eidesdelation an denselben beweisen, und der Beklagte muß dann verurtheilt werden. Nur das bestimmte Mittel

1) Derselben Ansicht ist Struve, a. a. O., S. 27.

2) Ebenso Struve, a. a. O., S. 90.

des Zeugenbeweises ist ausgeschlossen. Hiermit ist aber bewiesen, daß das Gesetz in diesem Falle die schriftliche Form nicht als Bedingung für die Existenz eines civilen bindenden Willens — sonst würde weder Eidesdelation noch Geständniß des Beklagten helfen können, er würde ja immer nur einen naturalen, nicht zwingenden Willen eingestehen, und die Eidesdelation wäre deshalb sogar unzulässig —, sondern als bloßes Beweismittel fordert. Wenn dies aber bewiesen ist, so ist durch das vorher Gesagte auch erwiesen, daß nun die umgekehrte Folge eintreten und jetzt der Zeugenbeweis des neuen Gesetzes zulässig sein muß. Da der Beklagte hier seinen civilen Willen verpflichtet hat, wie wird er in der Anwendung jenes Gesetzes eine Rückwirkung behaupten können? Leugnet er den ganzen mündlichen Darlehnscontract, so kann er nicht einwenden, daß ihm eine individuelle Handlung durch ein späteres Gesetz denaturirt werde. Denn er behauptet dann eben gar nicht gehandelt, also auch nichts ausgeschlossen zu haben. Hier also, wo es sich um das geleugnete Dasein eines Contractes überhaupt handelt, wird die Formel von dem Gesetz zur Zeit des Contractes schlechthin sinnlos und unanwendbar. Ihre Anwendung würde nur zeigen, wie der Formelkram sogar den richtigen Gedanken tödtet, aus welchem die Formel hervorging.

Leugnet der Beklagte nicht den Darlehnsvertrag selbst, sondern nur einen Theil desselben, z. B. die Höhe der Summe oder eine Bedingung, so gibt er zwar eine individuelle Handlung zu, allein er kann, wie wir schon oben sahen, keine Denaturirung derselben behaupten. Durch den bloßen Erweis des Daseins und Inhalts einer Handlung wird dieselbe nicht geändert, sondern im Gegentheil ihre Integrität gegen einen nachträglichen Aenderungsversuch des Handelnden aufrecht gehalten. Ein an und für sich in der Handlung eingeschlossenes Recht des Handelnden, dieselbe für nicht geschehen auszugeben, kann nicht gedacht werden; es wäre dies der logische Widerspruch selbst, da die einmal geschehene Handlung eben hierdurch aufhört, dem Willen des Handelnden anzugehören und zum objectiven Umstand wird. Auf Bergmann's Einwand, daß, wenn der Zeugenbeweis damals gesetzlich zulässig gewesen wäre, das Individuum sich in Ansehung des Beweises oder Gegenbeweises besser vorgesehen haben würde,

ist zu entgegnen, daß die Ausschließung des Zeugenbeweises durch das Gesetz nicht ein Ausschließen desselben durch individuelle Willkür darstellt und diese Ausschließung daher nicht zu einer stillschweigenden Verabredung macht, die Ausschließung des Gesetzes aber mit seinem Dasein aufhört; daß ferner, wenn das Individuum als ein solches erscheinen wollte, das bei seiner Handlung die schwankende und unsichere Natur des Zeugenbeweises habe vermeiden wollen, es zu diesem Zwecke gerade hätte in schriftlicher Form handeln und so die sichere Form des Beweises setzen müssen, daß es aber eine wahre logische Monstruosität ist, schließen zu wollen: weil ich nicht in schriftlicher Form, sondern nur mündlich gehandelt, habe ich hierdurch den mündlichen Beweis excludiren wollen.

Eine Denaturirung der individuellen Handlung würde also nur dann vorliegen, wenn das Individuum behauptete, es sei von vornherein bei seiner Handlung seine besondere Absicht gewesen, sie hinterher ableugnen zu können, und zu diesem Zwecke habe es damals den schriftlichen Beweis unterlassen. Durch diese Auslassung allein würde die Anwendung des neuen Gesetzes zu einer factischen (aber nicht rechtlichen) Rückwirkung. Dieser Einwand aber kann nicht erhoben werden, weil er den eigenen dolus excipiren würde, und selbst abgesehen hiervon, wegen des Eingeständnisses der Handlung, auf dem er beruht und beruhen muß, um factisch erhoben werden zu können, durch dieses Eingeständniß allein den Rechtsstreit zu Ende bringt. [1])

---

1) Die im Vorstehenden entwickelte Theorie ist anerkannt in zwei hannoverschen Verordnungen vom 14. April 1815 für das Fürstenthum Hildesheim, §. 137, und vom 13. Sept. 1815 für die Kreise Meppen und Emsbüren (s. Hagemann, Sammlung der hannoverschen Landesverordnungen, Jahrgang 1815, S. 187 u. 703). Die angezogenen Paragraphen dieser transitorischen Gesetze lauten: „Die Beschaffenheit der Urkunden und die davon abhängende Beweiskraft derselben werden nach den Gesetzen bestimmt, während deren Gültigkeit der Beweis geführt werden soll. Es sollen jedoch die vor Wiedereinführung der gemeinen Rechte errichteten Urkunden diejenige Beweiskraft behalten, welche sie nach den zur Zeit ihrer Errichtung gültig gewesenen Gesetzen gehabt haben, wenngleich sie nach den zur Zeit der Beweisführung gültigen Gesetzen eine geringere oder gar keine Beweiskraft haben würden.“

Durch die vorstehende Discussion muß sich nun bereits ergeben haben, welcher wahre und von den Tadlern desselben stets verkannte Gedanke dem §. 17 der Einleitung zum Allg. Landrecht zu Grunde liegt, welcher verfügt, daß frühere Handlungen, welche wegen eines Mangels der Förmlichkeit nach den ältern Gesetzen ungültig sein würden, gültig sein sollen, insofern nur die nach den neuern Gesetzen erforderlichen Förmlichkeiten dabei angetroffen werden. Zuvörderst wirft man diesem Paragraphen vor, daß er in Widerspruch stehen solle [1]) mit den §§. 43, 44 des Tit. 4, Thl. 1 des Allg. Landrechts, welche verfügen:

„Eine Handlung, die wegen Verabsäumung der gesetzlichen Form von Anfang an nichtig war, kann in der Folge niemals gültig werden."

„Wird die Handlung in der gesetzmäßigen Form wiederholt, so gilt sie nur von dem Zeitpunkte dieser Wiederholung."

Andere haben diesen angeblichen Widerspruch in sehr unbefriedigender Weise versöhnen wollen. [2]) Es ist zum Verwundern, daß man nicht gesehen hat, wie gar kein Widerspruch vorliegt und gar keine Versöhnung erforderlich ist. Im §. 17 der Einleitung hat nämlich der Gesetzgeber nur den Fall vor Augen, daß eine Aenderung in der Gesetzgebung eintritt, also eine Rechtsänderung. In den angeblich widersprechenden Paragraphen dagegen denkt der Gesetzgeber nur daran, daß nicht eine Aenderung im Recht, sondern in der factischen Handlung eintritt, wie z. B. durch Ratihabition. Dies müßte von selbst evident sein, ist übrigens auch dadurch völlig erwiesen, daß der §. 17 in der Einleitung steht, welche „von den Gesetzen" handelt, jene §§. 43 u. 44 aber in dem Titel 3, welcher „von den Handlungen" handelt. [3]) Da beides an und für sich ganz verschiedene Arten von Veränderung sind [4]), so ist hier auch von keinem Widerspruch zu sprechen.

---

1) Siehe Bornemann, a. a. O., S. 17.

2) Vgl. Koch, Lehrbuch, I, 131. Temme, Handbuch des preußischen Rechts, S. 19.

3) Auch ist durch den oben citirten §. 44 des Tit. 3, Thl. 1, welcher ausdrücklich den Fall der Ratihabition ins Auge faßt, der nachgewiesene Gedanke unzweifelhaft belegt.

4) Siehe hierüber unten §. 10.

Es kann sich also nunmehr nur noch darum handeln, ob der §. 17 der Einleitung in sich selber theoretisch falsch sei. — Man hat bemerkt, daß diese Gesetzesstelle [1]) „auf Förmlichkeiten bezogen werden könne, welche entweder zur Beglaubigung dienen, wie die notarielle oder gerichtliche Form im allgemeinen, oder welche positiv vorgeschrieben werden, um auf richterlichen Schutz Anspruch machen zu können, wie die Schrift, oder im französischen Rechte die Vollziehung der Ehe durch den Civilact."

Das Verkennen liegt eben darin, daß man diese beiden Kategorien, aus welchen Förmlichkeiten vom Gesetz gefordert werden [2]), gleichstellt und gleichmäßig behandeln will, während in ihnen gerade der constitutive Unterschied ruht.

Wird die Förmlichkeit gefordert, „um auf richterlichen Schutz Anspruch machen zu können", wird also bei ihrem Mangel der Handlung, selbst im Falle des Eingeständnisses derselben durch den Handelnden, der Rechtszwang versagt, so ist es eine solche, die das Gesetz als Requisit für das Dasein eines civilen Willens überhaupt hingestellt hat, und bei deren Mangel sich daher nur der naturale Wille ohne Unterwerfung unter zwangsweise Aufrechterhaltung verpflichtet hat, sodaß also nur eine, sei es in gewissen Fällen wirksame obligatio naturalis, sei es eine überhaupt rechtlich wirkungslose moralische Verbindlichkeit entstanden ist.

Wird die Förmlichkeit dagegen nur zur Beglaubigung der Handlung, also qua Beweismittel derselben gefordert, genießt also die Handlung, wenn sie zwar ohne jene Förmlichkeit vollbracht, aber gerichtlich eingestanden ist, den Zwangsschutz, so ist hierdurch bewiesen, daß nach der gesetzlichen Anschauung zur Zeit der Handlung von Anfang an ein civiler und sich in zwingender Weise verpflichtender Wille beim Handelnden vorhanden war,

---

1) Siehe Bornemann, a. a. O., S. 17; Koch, Lehrbuch, I, 131, und Temme, Handb. d. preuß. Rechts, S. 19.

2) Wir sprechen nicht von zwei Arten der Förmlichkeiten; denn dieselbe Förmlichkeit, z. B. die Schrift oder die notarielle Form, kann vom Gesetz bald als bloße Beglaubigung (Beweis), bald als Bedingung des richterlichen Schutzes der Handlung selbst, d. h. als Bedingung des Daseins eines civilen Willens überhaupt, gefordert werden. Aus welchem dieser beiden Gründe das Gesetz sie fordert, darauf kommt es an!

sodaß bei einer Aufrechthaltung von einer Denaturirung desselben keine Rede ist. Indem jetzt die Förmlichkeit blos die Bedeutung hat, den Beweis einer geschehenen Handlung zu erbringen, und einerseits niemand ein erworbenes Recht auf den Nichtbeweis seiner Handlung, andererseits der Gegner ein peremtorisches und erworbenes Recht hat, daß alles, was aus neuen Gesetzen folgt, auch für ihn da sei (s. §. 12), insofern es nicht erworbene Rechte alterirt, so tritt die Zulässigkeit des neuen Beweismittels jetzt unbedingt ein.

Das durchgreifende und untrügliche Kennzeichen aber, ob eine Förmlichkeit vom Gesetz blos qua Beweismittel oder qua Requisit des civilen Willens selbst gefordert wird, liegt eben darin, ob die mangelnde Förmlichkeit durch Eingeständniß der Handlung oder eventuelle Eidesdelation ersetzt werden kann, oder selbst in diesem Falle der Handlung der Rechtsschutz versagt bleibt.

Der §. 17 der Einleitung zum Allg. Landrecht verwirklicht somit einen durchaus richtigen theoretischen Gedanken, insoweit er die aus Mangel an Beglaubigungsförmlichkeiten ungültige Handlung gültig sein läßt, wenn sie nur den zur Zeit des Streits vom Gesetz geforderten Förmlichkeiten entspricht. Und nur seine höchst ungenaue Terminologie ist zu tadeln, nach welcher auch solche Ungültigkeiten mit eingeschlossen zu sein scheinen können, welche das Dasein eines civilen Willens selbst ausschließen. Daß aber wirklich etwas von dem dargelegten Unterschied dem Allg. Landrecht vorgeschwebt hat, ergibt sich gerade aus der Vergleichung mit dem früher bezogenen §. 43, Tit. 3, Thl. 1, wo bestimmt wird, daß diejenige Handlung in der Folge niemals gültig werden kann, welche „wegen Verabsäumung der gesetzmäßigen Form von Anfang an nichtig war". Denn unter Nichtigkeit einer Handlung wegen Verabsäumung der gesetzlichen Form wird man immer nur die Nichterfüllung solcher Formen verstehen können, welche vom Gesetz als Bedingung des Daseins eines civilen wirksamen Willens hingestellt worden sind. [1])

1) Siehe die weitere Fortsetzung der obigen Untersuchung im §. 11.

Jetzt erst, nachdem gezeigt worden ist, wie auch die scheinbaren Begebenheiten, auf welche neue Gesetze nicht rückwirken dürfen, die durch das Familienrecht vermittelten Rechtsthatsachen, besonders die Erbschaften, und ebenso auch dolus, Zwang, Irrthum, negotiorum gestio, Usucapion, Klagverjährung, nicht *qua* Begebenheiten, sondern nur um dessenwillen, weil sie individuelle Willensactionen darstellen, erworbene Rechte bilden und die Anwendung späterer Gesetze ausschließen müssen, — jetzt erst kann davon die Rede sein, den von uns im §. 1 entwickelten Begriff der individuellen Willensfreiheit als des alleinigen und wahrhaften Trägers des Nichtrückwirkungsgedankens nachgewiesen und durchgeführt zu haben. Noch im §. 1 mußte es dem Leser scheinen, als sei das dort Entwickelte wenn auch richtig, doch schlechthin unzureichend, weil es in einem unlösbaren Widerspruch stehe mit der ebenso sehr durch alle Gesetzgebungen wie durch alles juristische Rechtsgefühl anerkannten Thatsache, daß auch auf viele bloße Begebenheiten und aus ihnen dem Individuum erwachsenden Rechte, wie Erbschaft u. s. w., Rückwirkung nicht stattfinden dürfe. Erst nach dieser Auflösung dieser scheinbaren Begebenheiten in ihre innere Natur war es möglich, jenen Begriff als das waltende Gesetz der Sache zu erkennen und zur Durchführung zu bringen. Nichts mußte daher bisjetzt diese Erkenntniß so sehr hindern als die mangelnde Auflösung jener Begebenheiten. Es zeigt sich dies beispielsweise recht deutlich an dem §. 14 der Einleitung zum Allg. Landrecht, welcher ausdrücklich verordnet:

„Neue Gesetze können auf schon vorhin vorgefallene Handlungen und Begebenheiten nicht angewendet werden."

Praktisch ist dies insoweit ganz richtig, als es gewisse Begebenheiten gibt, welche nicht unter die Einwirkung neuer Gesetze gestellt werden dürfen, was eben den täuschenden Schein erzeugte, als seien alle Begebenheiten dieser Einwirkung entzogen. [1]) Theo-

1) Auch hält daher das Allg. Landrecht selbst durchaus nicht daran fest, daß alle Begebenheiten der Einwirkung neuer Gesetze entzogen sein sollen. So ist der Anfang einer laufenden Verjährung bereits eine Begebenheit; zur individuellen Handlung eines Verzichts (s. §. 2 E.) wird sie aber erst mit dem Ablauf der Frist. Nun soll aber nach dem Allg. Land-

retisch ist es sogar in Bezug auf jene, von denen dies wirklich gelten muß, ganz falsch. Denn es gilt auch von ihnen nur, weil diese Begebenheiten eben ihrer innersten rechtlichen Natur nach nicht Begebenheiten, sondern eigene Willensactionen darstellen. Dieses theoretische Selbstmisverständniß mußte aber wiederum auch praktisch zu ganz falschen Folgen führen, indem nun alle Begebenheiten, und auch bei den Handlungen nicht blos das, was der eigenen Willensaction, sondern auch das, was lediglich den Handlungen Dritter entflossen und somit für das Individuum wirklich eine bloße Begebenheit war, im Widerspruch mit dem eigenen Gedanken unter demselben Gesetze der Nichtrückwirkung zu stehen schien.

Dies ist jedoch nicht etwa infolge jenes Paragraphen des Allg. Landrechts unter diesem Gesetzbuch mehr als anderwärts der Fall, findet vielmehr in ganz demselben Maße bei den römischen und französischen Juristen statt, in deren Gesetzbüchern nicht, wie im §. 14 des Allg. Landrechts, noch außer den Handlungen die Begebenheiten als der Einwirkung neuer Gesetze entzogen aufgeführt waren. Der Grund hiervon ist der sehr natürliche, daß der §. 14 hierin nicht eine neue Lehre schuf, sondern nur der allgemein juristischen, unter römischen wie französischen Rechtslehrern bis zum heutigen Tage ganz ebenso gang und gäben Auffassung, die besonders durch die scheinbar reine Begebenheiten darstellenden Institute der Erbschaft, der Quasicontracte und der Verjährung entstanden ist, Ausdruck gegeben hat.

Wir sagten soeben, daß auch die falschen praktischen Folgen den Gesetzgebungen und Juristen nur im Widerspruch mit dem eigenen Gedanken zugestoßen seien. — In der That, der Begriff, den wir als den alleinigen Träger des Rückwirkungsverbots nach-

---

recht, wenn die Verjährung nur zu laufen angefangen hat, d. h. wenn erst die bloße Begebenheit eingetreten ist, das neue Gesetz zur Anwendung kommen, auch z. B. in Bezug auf die Frage, ob Verjährung dieses Anspruchs, obgleich sie bereits begonnen, überhaupt zulässig sei (vgl. Public.-Patent v. 5. Febr. 1794, §. 17). — Ebenso stellt es auch eine Begebenheit dar, wenn bei einer Handlung eine Form versäumt worden ist, und dennoch soll nach §. 17 des Allg. Landrechts das neue, diese Form nicht mehr erfordernde Gesetz dann zur Anwendung kommen und das Schädliche dieser Begebenheit beseitigen u. s. w.

gewiesen haben und weiter nachweisen werden, ist nicht in dem Sinne neu, daß hier zum ersten mal nach demselben verfahren würde. Wäre er in diesem Sinne neu, so wäre er ebendeshalb auch ganz unbedingt falsch! Wir behaupten vielmehr, und müssen dies behaupten, wenn wir eine wahre Theorie aufstellen wollen, daß von Theodosius bis auf Savigny kein Gesetzgeber und kein Jurist über dieses Thema gedacht, verordnet und geschrieben hat, ohne daß der hier entwickelte Begriff das in ihm operirende und thätige Moment gewesen wäre. Wir glauben dies schon bis hierher durch die Betrachtung der bisherigen Masse von empirischem Gesetzesstoff und juristischen Entscheidungen zu klarem Nachweis gebracht zu haben, und werden im Verlauf diesen Nachweis immer mehr erweitern und schärfen. Neu ist der hier entwickelte Begriff nur in dem Sinne, daß er hier zum ersten mal zum Erkennen seiner selbst gelangt ist und somit erst aus dieser seiner für sich selbst erlangten Durchsichtigkeit die sich durch den gesammten Rechtsorganismus hindurchführende adäquate Ausführung seiner selbst, die systematische Theorie oder Lehre, erzeugen kann. — Alle Formeln, welche früher von Autoren über diesen Gegenstand aufgestellt worden, sind diesem Begriff entflossen und haben hierin den Grund ihrer relativen Richtigkeit, sowie sie zugleich in ihrem Nichterschöpfen des Begriffs, aus dessen Wirksamkeit sie hervorgingen, auch wieder den Grund ihrer großen praktischen Unrichtigkeit haben. Auch trat hierbei wieder jenes allgemeine begriffliche Gesetz ein, daß je mehr die Verstandesvorstellung in ihrem ahnenden Verhältniß sich dem speculativen Begriff nähert, sie ihn um desto mehr wieder von der andern Seite verfehlt und somit um so größere Unrichtigkeiten hervorbringt. So berichtet Bergmann (a. a. O. S. 57): „Einige sagen in Beziehung auf die allgemeine Idee von dem Schutz erworbener Rechte: es sei nur bei Verträgen und Erbschaften von erworbenen Rechten die Rede, ohne dafür besondere Gründe zu nennen", und er bezieht sich dafür auf Blanchard zu Maleville, zu Art. 384 des Code Nap. Hier war also ein Unterschied zwischen conventionellen und legalen Rechten angenommen worden und nur bei erstern die Rückwirkung ausgeschlossen. Allein erstens hieß das überhaupt nichts, ohne, wie Bergmann mit Recht tadelnd hervorhebt, besondere Gründe dafür

zu nennen, und diese wären wieder nur durch die im §. 1 gegebene, diese Behauptung selbst ganz aufhebende und umwandelnde Begriffsentwickelung zu erbringen gewesen. Zweitens mußte die Gleichsetzung der Erbschaften mit den conventionellen Rechten, statt mit den legalen, unbegreiflich erscheinen; eine Gleichsetzung, die zu ihrer Begreiflichkeit und ihrer Durchführung nichts Geringeres bedarf als jene Ausführungen, welche den Inhalt unseres zweiten Bandes bilden werden. Drittens mußten dann die durch das Familienrecht vermittelten Rechte, z. B. das Reichsbürgerrecht (s. oben S. 88), die Repräsentation und ebenso die condictio indebiti, die negotiorum gestio, die Verjährung u. s. w., als nicht auf einen Vertrag sich stützend, für nur legale Rechte und dem Einwirken neuer Gesetze unterworfen gelten, und es hätten sich also hieraus die praktisch verderblichsten Irrthümer entwickeln müssen. Viertens ist überhaupt der Begriff conventioneller Rechte ein schiefer. Denn da hiermit nur solche, die durch Verabredung entstanden, bezeichnet sind, so würden nicht einmal die durch bereits angestellte Klage (s. §. 3) ergriffenen, ursprünglich legalen Rechte u. s. f. vor der Rückwirkung geschützt sein.

Bergmann referirt daher weiter: „Andere sprechen nur von Verträgen und stützen die Behauptung, daß wegen einer in der Vorzeit liegenden Contrahirung der ganze Fortgang der daraus hervorgehenden Obligationen aus den alten Rechtsnormen beurtheilt werden müsse, darauf, daß die Privatwillkür im voraus sich dem neuen Gesetze entzogen habe", und nennt hierfür Pfeiffer, S. 425. [1]) Es ist wieder in diesen Worten das Hervorschimmern des Begriffs unverkennbar. Aber erstens wirft, da hier sogar auch noch die Erbschaften weggelassen sind, Weber (a. a. O., S. 41) mit Recht ein, daß hiernach auch das gesetzliche Erbrecht, das jemand als suus heres schon ipso jure erworben, nicht fortdauern dürfte, wenn ein neues Gesetz die Erbfolge anders bestimmte. Zweitens gelten hier wieder alle gegen Blanchard gemachten Einwürfe. Drittens gilt endlich noch gegen Pfeiffer wie Blanchard gemeinschaftlich, daß einerseits die Privat-

1) In der Zeitschrift „Germanien", von Crome u. Jaup, 1810, Bd. 3, Hft. 3, S. 411 fg., ein Aufsatz, dessen wir trotz unserer Bemühung nicht haben habhaft werden können.

willkür sich durchaus nicht unbegrenzt im voraus spätern Gesetzen entziehen kann, wie wir dies in §. 7 bei den prohibitiven Gesetzen sehen werden, und daß andererseits, wie sich gleichfalls zeigen wird, auch abgesehen von Prohibitivgesetzen und trotz aller über das ausschließliche Maßgeben der Gesetze zur Zeit der Contractschließung circulirenden Formeln auch die Wirkung der Verträge durch spätere Gesetze berührt werden kann, wenn die individuelle Willensfreiheit dadurch nicht verletzt erscheint.

Es ist daher nur ganz begreiflich, wenn jene Unterscheidung von conventionellen und legalen Rechten, trotzdem sie sich in intuitiver Weise dem Begriffe sehr zu nähern scheint, dennoch, da sie denselben andererseits wieder ganz verfehlt und in vollständige Divergenz mit ihm geräth, von keiner Einwirkung auf die spätern Rechtslehrer sein konnte, diese vielmehr, wie z. B. Savigny, Bornemann u. s. w., jene Unterscheidung nicht einmal erwähnen, sich dagegen in anderer Weise der Natur der Sache zu bemächtigen suchen und sie in Formeln bringen, die einerseits ebenso sehr wie jene von dem wahrhaften Begriff hervorgetrieben sind, als sie ihn andererseits, weil er noch nicht zur speculativen Selbstdurchsichtigkeit gelangt ist, ebenso sehr wieder verfehlen.

Aber diese Ahnung und innere Thätigkeit des hier entwickelten Begriffs, welche durch die Lehre aller Autoren, wie durch die praktischen Aussprüche aller Gesetzgeber hindurchgeht, ist selbst der beste Beweis für seine Objectivität und Unwillkür, sowie für die Richtigkeit auch jener nothwendigen Folgerungen desselben, welche mit den bisherigen Annahmen wegen der Verkümmerung und festen Verfilzung, die jeder aus dem Begriff blos hervorgetriebenen und ihn nicht in seiner ganzen Reinheit enthaltenden Formel eigen ist, in entschiedenem Widerspruche stehen müssen.

III. Der Begriff und seine Consequenzen.

---

§. 3. Die nachträgliche Ergreifung. Rechtshängigkeit. Novation. Urtheil und Vergleich.

Wir haben in §. 2 nur den versteckten Umfang des Begriffs dargelegt. Jetzt erst gehen wir dazu über, die weitern Folgen des Begriffs zu entwickeln.

Wenn Rückwirkung nur darin besteht und nur deshalb ausgeschlossen ist, weil die individuelle Willensaction des Einzelnen nicht nachträglich alterirt werden darf, so ist es nothwendig ganz gleichgültig, ob ein Recht ursprünglich dem individuellen Willen entflossen, oder ob es zwar ursprünglich ein lediglich durch das Gesetz gegebenes war, dann aber von dem Individuum ergriffen und verseinigt worden ist. Mit andern Worten: auf bereits rechtshängige Sachen können neue, das frühere Recht aufhebende oder modificirende Gesetze nicht einwirken.

Dieser Grundsatz unterliegt wieder gewissen, durch die Natur des Begriffs selbst gesetzten Beschränkungen, die erst in den §§. 7 fgg. entwickelt werden können. Hier interessirt zuvörderst nur der allgemeine Grundsatz selbst.

Die Richtigkeit desselben ist seit je herausgefühlt worden, aber seine wahre Begründung, die erst in diesem Zusammenhang hervortritt und hervortreten kann, war bisher unmöglich. So ist es nur eine ganz äußerliche und haltlose Argumentation, wenn z. B. Bornemann (a. a. O., S. 6) denselben also begründet: „In Ermangelung einer solchen (ausdrücklich-gesetzgeberischen) Bestimmung muß die Rückwirkung als Ausnahme von der Re-

gel an und für sich auf die engsten Grenzen, mithin auf noch nicht rechtshängig gewordene Sachen beschränkt werden."

Der wahre Grund ist vielmehr der angegebene. Durch die Einklagung bemächtigt sich das Individuum seiner blos legalen Rechte und setzt sie als die seinigen. Die Klageanstellung macht deshalb das blos aus dem Gesetz fließende Recht zu einem dem Individuum durch seinen eigenen Willen vermittelten, oder zu einem erworbenen. Die Zinsen werden zugebilligt vom Tag der Klage. Die Einklagung stellt also eine individuelle, Rechte erwerbende Willenshandlung dar, auf welche nicht mehr und nicht weniger durch spätere Gesetze eingewirkt werden kann als auf einen andern freiwilligen Act, z. B. einen Vertrag, durch welchen ein Individuum sich Rechte erzeugt.

Es ergibt sich aus dem Gesagten, daß es — mit Ausnahme eines erst in §. 8 zur Sprache kommenden begrifflichen Unterschiedes — für die Ausschließung der neuen Gesetze gleich sein muß, ob schon ein Urtheil in der Klage eingetreten ist oder nicht, daß also nicht in der res judicata, sondern schon in der Klageanstellung selbst das durchschlagende Moment liegt und der Schutz der res judicata gegen spätere Gesetze nur auf demselben Grundgedanken beruht.

Savigny vermag bei seiner Theorie ebenso wenig wie Bornemann den wahren Grund von beidem zu entdecken. Savigny sagt darüber (VIII, 510): „Merkwürdigerweise fügt das Römische Recht für den Fall der (die Rückwirkung) erweiternden Ausnahmegesetze eine Einschränkung hinzu, die also als die Ausnahme einer Ausnahme zu betrachten ist. Die ausnahmsweise vorgeschriebene Rückwirkung soll nämlich nicht eintreten, wenn das Rechtsverhältniß, worauf sie bezogen werden könnte, bereits durch Urtheil oder Vergleich entschieden worden ist (judicatum vel transactum). Diese Einschränkung ist zwar nirgends als bleibender allgemeiner Grundsatz ausgesprochen, sie wird aber in so vielen einzelnen Stellen des Römischen Rechts übereinstimmend wiederholt, daß sie unzweifelhaft als eine von den Römern allgemein anerkannte Regel betrachtet werden muß. Sie hat auch einen innern Grund darin, daß sowol das Urtheil als der Vergleich das ursprüngliche Rechtsverhältniß umbildet, sodaß nun an die Stelle des Rechtsverhältnisses, worauf sich das

neue Gesetz bezog, eigentlich ein anderes getreten ist. — Unter dem Urtheil aber ist hier nicht blos ein rechtskräftiges zu verstehen, sondern bei noch schwebendem Rechtsstreit auch schon ein Urtheil erster Instanz, wenn etwa während der Appellationsinstanz das neue Gesetz erscheint."

Hierbei ist zweierlei hervorzuheben. Erstens, daß Savigny hier der bloßen Rechtshängigkeit, wenn noch gar kein Urtheil erfolgt ist, schlechthin keinen Schutz gegen die Anwendung neuer materieller Gesetze einräumen zu wollen scheinen könnte, was in sich falsch wäre und auch mit der übereinstimmenden juristischen Lehre und Praxis in völligem Widerspruch stehen würde. Zweitens: wenn Savigny als den innern Grund der Sache zugibt, daß sowol Urtheil als Vergleich das ursprüngliche Rechtsverhältniß umbilden, so ist zu fragen: worin denn aber diese Umbildung bestehe? Und hierauf läßt sich eben nur die im allgemeinen für Urtheil, Vergleich und Klageanstellung gleichmäßig gültige Antwort geben: sie bestehe in der Umwandelung von an sich vorhandenen Rechtsverhältnissen, die auch blos dem Gesetz entflossen sein können, in solche, die durch individuelle Willensaction und Handlung erworben und bestimmt sind, sodaß es hiernach auf ihre ursprüngliche Beschaffenheit gar nicht mehr ankommt.

Hieraus ergibt sich auch beiläufig, inwiefern man in der Litiscontestation und wieder im Urtheil wirklich eine Novation zu behaupten vermag und inwieweit Justinian mit Recht sagt: „Si enim *novatur* judicati actione prior contractus" etc. [1])

---

1) L. 3 C. de usur. rei jud. (7, 54). Bekanntlich hat sich Savigny (System, VI, 24 fg., 307 fg.) mit großer Bestimmtheit gegen die Annahme einer Novation durch Litiscontestation oder Urtheil erklärt, nachdem er früher (V, 325) selbst eine solche darin erblickt hatte, und in der oben angeführten Stelle des achten Bandes doch wieder eine Umbildung darin erblickt, die ihrem Gedanken nach auf eine Novation im obigen Sinne hinausläuft.

Die Savigny'sche Annahme, daß die Kraft der res judicata auf der Fiction der absoluten Wahrheit beruhe, reicht nur für Strafurtheile hin und ist nur für diese richtig. Sollte sie auch für die Civilurtheile gelten, so müßte dann auch bei diesen, wie dies von den Strafurtheilen später nachgewiesen werden wird, bei einer Abschaffung der Gesetze, auf deren Grundlage doch diese Fiction beruht, entweder von selbst die Folge eintreten, oder doch dem Gesetzgeber mindestens die Befugniß zustehen, die

Es ergibt sich ferner hieraus die begriffliche Ursache, weshalb auch auf Vergleiche nicht durch spätere Gesetze eingewirkt werden darf und weshalb Justinian mit Recht Vergleich und Urtheil immer zusammen erwähnt und, sie wie Dinge identischer Natur behandelnd, mit denselben stereotypen Formeln der von ihm verordneten sofortigen Anwendung neuer Gesetze zu entziehen pflegt, z. B. L. 17 C. de fide instrum. (4, 21): „nisi jam super his *transactum* sit vel *judicatum*, quae *retractari non possunt*", oder L. ult., C. de legit. her. (6, 58): „Si qui autem casus jam evenerunt et per *judicialem sententiam vel amicalem transactionem sopiti sunt* nullam sentiant ex hac lege retractationem etc."

Es kann durch den Vergleich das Individuum eine Leistung oder Verpflichtung auf sich genommen haben, zu der es nach den neuen Gesetzen keineswegs verpflichtet war, und diese wären ihm zugute gekommen, wenn es gewartet hätte. Es hatte auch nicht die Absicht, die Gegenpartei durch die Einräumungen im Vergleich zu bereichern, sondern im Gegentheil die Rechte derselben auf das nach dem damaligen Gesetz möglichst geringe Maß herabzusetzen. Aber es ist von ihm selbst gehandelt, eine blos durch das Gesetz vorhandene und darum mit dem Gesetz vorübergehende Verpflichtung durch eigene Selbstbestimmung confirmirt und als das Recht des Andern gesetzt worden, und diese beiderseitigen individuellen Handlungen können nun durch kein späteres Gesetz zerstört werden.

Es ist ersichtlich, wie sich durch die Ausführungen dieses Paragraphen die Nichtalteration individueller Willensactionen als der einzige und wahrhafte Träger des Rückwirkungsgedankens von neuem bestätigt. Denn blos dieser und kein anderer Unterschied wird zwischen den blos gesetzlich einklagbaren und bereits einge-

---

Hinfälligkeit der auf den abgeschafften Gesetzen beruhenden rechtskräftigen Urtheile zu verfügen (vgl. §. 12). Ganz auf der Hand liegend wäre dies jedenfalls bei interpretirenden Gesetzen, die ja rückbezogen werden sollen, und durch die also entgegenstehende rechtskräftige Urtheile, die jetzt ja zur erwiesenen Unwahrheit geworden sind, außer Kraft gesetzt werden müßten, wenn sie auf der Fiction der absoluten Wahrheit beruhten.

Bei dem Civilurtheil kann dies aber nicht eintreten, weil seine Kraft vielmehr auf der Fiction eines Vergleichs, auf der durch den individuellen Willen selbst gesetzten Schlichtung beruht.

klagten Rechten zu entdecken sein und ihrem gleichwol so verschiedenen Verhältniß zu der Einwirkung neuer Gesetze.

§. 4. Das Optionsrecht.

Wenn es schlechthin gleichgültig bleiben muß, ob das Recht von vornherein durch die individuelle Willensaction constituirt ist, oder ob es ursprünglich aus dem Gesetze stammt und das Individuum es, nachträglich zu ihm herantretend, durch seine Ergreifung zu einem durch seine individuelle Willensaction gesetzten Recht und somit fest und erworben macht, so erhellt hiermit zugleich, daß diese Ergreifung durchaus nicht blos in dem im vorigen Paragraph betrachteten Fall der processualischen Klageanstellung, sondern daß sie eben in jeder Handlung vorliegt, durch welche das Individuum ein gesetzliches Recht als das seinige setzt. Jedes vom Gesetz übertragene blos facultative, jedes Optionsrecht wird also in strenger Consequenz des Entwickelten erst durch die wirklich eingetretene Wahlhandlung des Individuums zu einem erworbenen, und kann ihm bis zu der geschehenen Wahl durch Gesetzgebungswechsel ohne jede Rückwirkung entzogen werden.

Diese Folgerung des Begriffs ist besonders dem juristischen Gefühl der Franzosen zum deutlichen Bewußtsein gekommen, vgl. z. B. Merlin, Rép. de Jurispr., v° Effet retr., Sect. III, §. 1, V, 537: „Mais tel (d. h. ein droit acquis) n'est jamais un droit purement facultatif à moins qu'il n'ait été *exercé* et que par *l'exercice* qui en a été fait, la chose qui en est l'objet, ne soit devenue notre propriété.

„En effet, il en est des *facultés* accordées par la loi, comme des *facultés* accordées par les individus. Tant que celles-ci ne prennent pas le caractère de droits, elles sont toujours et essentiellement révocables: Or, le législateur ne contracte jamais lorsqu'il accorde une faculté; il permet, mais il ne s'oblige pas; il conserve donc toujours le pouvoir de retirer sa permission; et ceux à qui il la retire avant qu'ils en aient fait usage, n'ont aucun prétexte pour s'en plaindre."

Aber indem dieser im allgemeinen ganz richtige Gedanke sich den Franzosen ohne die theoretische Begründung, als deren Folgerung er sich uns ergeben hat, aufdrängt, treibt er sich ihnen

einerseits bis zur Einseitigkeit und Unwahrheit (siehe z. B. oben S. 76), andererseits bleibt er ihnen deshalb, statt sich zu dem die gesammte Materie beherrschenden Begriff fortzuarbeiten, als eine bloße Formel neben andern Formeln stehen und führt sich deshalb nicht einmal zu seinen nächstliegenden Consequenzen fort (siehe z. B. §. 5), und drittens wird er endlich deshalb auch ausdrücklich wieder von ihnen aufgehoben, wie z. B. derselbe Merlin, a. a. O., S. 551 fg., sagt, daß es auch solche Rechte (droits acquis) gebe, mit denen „la *loi elle-même* m'ait investi et me l'ait conféré purement et simplement et *sans y attacher* la condition que *je ne l'acquerrais que par l'exercice* que j'en ferais", ohne daß dies mit dem Vorigen irgendwie auszusöhnen und in innere Uebereinstimmung zu setzen versucht wird.

§. 5. Das Einspruchsrecht.

Es ergibt sich daher nunmehr als eine nothwendige Folge des Begriffs, daß jedes Recht des Einspruchs gegen eine Handlung oder einen Vertrag, welchen das Gesetz Dritten einräumt — natürlich falls dadurch nicht ohnehin selbständig erworbene Rechte dieser Dritten, z. B. der Gläubiger, beeinträchtigt werden —, durch ein dieses Einspruchsrecht aufhebendes Gesetz auch in Bezug auf die schon früher geschlossenen Verträge beseitigt ist, ohne daß deshalb von Rückwirkung irgend die Rede sein kann.

Die formelle Regel, daß Verträge in jeder Hinsicht nur nach dem Gesetz zur Zeit ihrer Schließung zu beurtheilen sind, wird also hier irrig und muß es werden, weil sie hier mit dem wahren begrifflichen Grundgedanken, dem sie entflossen, in Widerspruch tritt.

Der Grund ist einfach. Die vertragschließenden Individuen können durch keine Fiction so angesehen werden, als wenn sie selbst hätten den Dritten stillschweigend das Recht stipuliren wollen, gegen ihre eigene Willenserklärung anzugehen. Ebenso wenig ist von den Dritten selbst gehandelt und durch Willensaction etwas erworben worden. Das Recht der Dritten auf Einspruch ist daher nicht wie die andern Wirkungen des Contracts durch die individuelle Willensfreiheit gesetzt, sondern stammt lediglich aus dem Gesetz als solchem und geht somit mit diesem vorüber.

Merlin hat also Unrecht und widerspricht den eigenen Consequenzen des von ihm, wie wir in §. 4 sahen, eingeräumten Grundsatzes, vertritt aber gleichwol nur die bei französischen wie deutschen Autoren ganz allgemein herrschende Theorie, wenn er z. B., die Ehe betrachtend, sagt: ein neues Gesetz könne nicht durch seine alleinige Kraft eine Ehe gültig machen, welche im Augenblick der Gesetzesverkündung nach dem Gesetz zur Zeit ihrer Eingehung ungültig war [1]), wobei er nämlich ausdrücklich voraussetzt, daß die Klage auf Nichtigkeit der Ehe nicht nur für die Ehegatten selbst, sondern auch für die Dritten, nach dem frühern Gesetz hierzu Berechtigten, ein erworbenes Recht bilde. [2])

Dies ist also in Bezug auf die Dritten [3]) nicht der Fall, und so kann denn allerdings insofern ein Contract, welcher nach dem Gesetz zur Zeit der Schließung durch das Einspruchsrecht eines Dritten ungültig und wirkungslos gewesen wäre, durch ein späteres Gesetz validirt werden. Betrachten wir den Fall der mangelnden väterlichen Einwilligung. Nach §§. 972, 973, Tit. 1, Thl. 2 des Allg. Landrechts können (vgl. §§. 994, 995 das.)

---

1) a. a. O., Sect. III, §. 2, Art. 5, V, 543: „Une loi nouvelle ne peut pas valider immédiatement, et par sa seule puissance, un mariage qui au moment de sa publication se trouve, d'après la loi sous laquelle il a été célébré, entaché de vices qui en emportent la nullité; et si elle le faisait, elle rétroagirait manifestement, elle ravirait un droit acquis; rien ne pourrait la justifier."

2) Denn er fährt nach den angeführten Worten fort: „Mais elle peut sans rétroagir subordonner *la recevabilité de l'action* en nullité de mariage qui est *acquise*, soit aux deux époux, soit à l'un deux, *soit à des tiers,* avant sa publication, à des diligences dépendantes de leur volonté, et déclarer qu'à défaut de ces diligences, leur action ne sera plus recevable." Das Gesetz kann diesen Dritten das Einspruchsrecht vielmehr ohne weiteres nehmen, und nimmt es ihnen in der That dadurch allein, daß es ein solches Recht nicht mehr anerkennt, auch für die schon geschlossenen Ehen.

3) Natürlich hat das Obige keine Anwendung z. B. auf den Fall des §. 936, Tit. 1, Thl. 2 des Allg. Landrechts, oder Art. 147 des Code Nap., wo jemand bei noch bestehender erster Ehe eine zweite schließt. Freilich ist der Gatte aus der ersten Ehe für diesen zweiten Ehecontract auch ein Dritter; aber sein Einspruchsrecht ist vermittelt durch seine eigene individuelle Handlung — seine eigene unter diesem Gesetz geschlossene Ehe —; es ist also nur die Folge seines ohnehin selbständigen erworbenen Rechts, und es liegt somit einer jener Fälle vor, die wir bereits bei Eingang dieses Paragraphen von demselben ausgeschlossen haben.

nur diejenigen, welche das Ehehinderniß zu rügen berechtigt sind, also z. B. der Vater die wegen Mangels seiner Einwilligung ungültige Ehe als nichtig aufheben lassen.

Hier hat also der Heirathende ebenso wenig wie der Vater ein erworbenes Recht auf die Aufhebung der Ehe. Dem Vater steht dies Recht nur aus dem Gesetze zu [1]); dem Heirathenden selbst steht dies Recht auf Nichtigkeit der Ehe gar nicht als Recht zu; er kann es nicht geltend machen. Nur als factische Folge kann diese Nichtigkeit für ihn eintreten und nicht eintreten, je nach dem von ihm unabhängigen Willen eines Dritten, des Vaters, der also für den Handelnden statt zu seiner eigenen Willensaction zu gehören, nur die Natur eines äußern Umstandes hat. Indem so der Handelnde sich selbst in die Lage gebracht hat, die Validirung oder Invalidirung seiner Ehe von einem seinem Willen fremden Umstand abhängen zu lassen, der nicht einmal die Natur einer Bedingung hat, da seine resolutorische Wirkung vom Handelnden selbst nicht geltend gemacht werden kann, ist hier von einem Erworbensein überhaupt nicht die Rede, und der Handelnde kann sich ebenso wenig über Denaturirung seiner Handlung, also über Rückwirkung beklagen, wenn das Gesetz, an Stelle des Vaters tretend, den Consens dadurch ertheilt, daß es die Nichtigkeitsklage dem Vater entzieht, als wenn der Vater von selbst die Ungültigkeit nicht gerügt hätte, oder etwa noch innerhalb der Frist gestorben und durch dieses Ereigniß die Ehe validirt worden wäre.

---

1) Denn hier kann natürlich die Fiction, daß um der im Familienrecht herrschenden Identität willen (§. 2 A.) das Einspruchsrecht der Aeltern als durch ihre eigene Willensaction erworben angesehen werden müsse, nicht zur Anwendung kommen. Diese allgemeine Fiction beruht ja gerade auf der gesetzlichen Unterstellung der Willensidentität dieser Personen. Dieselbe auf den Fall anwenden, wo der Sohn gegen den Willen des Vaters heirathet und also sagen, daß der Sohn durch seinen Willen als einen mit dem des Vaters identischen letzterm das Recht auf Negation dieses seines Willens erwirbt, würde eine contradictio in adjecto bilden; denn es würde heißen in die logische Monstruosität verfallen, den Willen der beiden Personen zu gleicher Zeit als identisch und als sich entgegengesetzt zu behandeln, und jene Rechtsfiction somit zum absoluten sich selbst zerstörenden Widersinn treiben. Hier ist also einer jener Fälle, wo der römische Grundsatz zur Anwendung kommt: fictio cedit veritati, und jenes Einspruchsrecht des Vaters ist daher nur ein Ausfluß der ihm vom Gesetz verliehenen väterlichen Gewalt.

Etwas verschieden verhält es sich bei dem Art. 182 des Code Nap. insofern, als dieser bei dem Mangel der väterlichen Einwilligung nicht nur dem Vater, sondern auch demjenigen Gatten, der dieser Einwilligung benöthigt war, das Recht gibt, auf Nichtigkeit der Ehe zu klagen. Durch ein die Nothwendigkeit der väterlichen Einwilligung aufhebendes Gesetz wird hier Folgendes eintreten müssen. Der Vater hat hier, wie gezeigt, durch das neue Gesetz das Recht verloren, gegen den Willen des Sohnes auf die Nichtigkeit seiner Ehe zu klagen, denn für ihn ist dies Recht niemals ein erworbenes gewesen. Der Sohn selbst aber könnte, da für ihn dies Recht als ein durch seine eigene Handlung stillschweigend gesetztes erscheint, auch nach wie vor dem neuen Gesetz, so lange er nur in der Frist ist, auf Nichtigkeit klagen, insofern hier nicht andere Grundsätze in Betracht kämen, die erst im §. 10 begrifflich entwickelt werden können.

Ebenso ist nun klar, daß, wenn der Art. 184 des Code Nap. außer den Gatten selbst auch noch allen dabei interessirten Dritten und dem öffentlichen Ministerium das Recht gibt, wegen nicht hinreichenden Alters oder verbotener Verwandtschaftsgrade auf Nichtigkeit einer Ehe zu klagen, diesen Dritten und ebenso dem öffentlichen Ministerium durch gesetzliche Aufhebung dieser Ehehindernisse das Klagerecht entzogen wäre.

Es ist gleichfalls eine Folge und Bestätigung des in diesem Paragraphen entwickelten Princips, daß das statutarische Wiederkaufsrecht — der retrait lignager —, welches in dem alten französischen Gewohnheitsrecht, wie im Allg. Landrecht, Thl. 2, Tit. 4, §. 227 fg., den Verwandten des Verkäufers eines Grundstücks zustand und sie berechtigte, sich dem Ankäufer subrogiren zu lassen, in den Fällen, wo es noch nicht durch Handlungen der Verwandten ausgeübt und hierdurch erworben worden war, durch den dies Recht nicht mehr anerkennenden Code Nap. als beseitigt gelten mußte, worüber bei den französischen Autoren kein Streit obwaltet (vgl. Meyer, Questions transit., S. 194 fg. Merlin, a. a. O., S. 566 fg.).

§. 6. Neue Willensäußerungen. Fristen. Umänderung von Pfandrechten; von Testamenten. Rückkauf. Emphyteuse. Rentencontract. Widerruf von Schenkungen. Unterschiede.

Wenn nun lediglich die Aufrechterhaltung der individuellen Willensfreiheit den alleinigen Träger des Nichtrück-

wirkungsgedankens bildet, so ergibt sich hieraus eine Folgerung, welche, hart an die Aufhebung dieses Begriffs anstreifend, ihn dennoch gerade am klarsten als das wahrhafte Gesetz der Sache darlegt.

Es werden dann nämlich spätere Gesetze auch erworbene Rechte, auch geschlossene Verträge und ihre Wirkungen in bedingter Weise ändern und zerstören können, wenn sie nur die Aufrechterhaltung dieser Rechte von einer solchen Bedingung abhängig machen, deren Erfüllung lediglich in dem freien Willen des berechtigten Individuums gelegen ist.

Es ist nach dem entwickelten Begriff evident, daß sich das Individuum dann nicht über eine Denaturirung seiner Handlung, über eine Verletzung seiner Willensfreiheit beschweren kann, wenn die Aufrechterhaltung derselben doch wieder nur seinem alleinigen Willen anheimgegeben ist. Da die Bedingung, welche dem Individuum zur Aufrechterhaltung zugemuthet wird, nur darin besteht: seinen Willen zu setzen, resp. noch einmal zu setzen, so muß vielmehr die Zerstörung seines erworbenen Rechts, die das Gesetz aus der Nichterfüllung dieser Bedingung folgen läßt, als ein freiwilliges Aufgeben seines Rechts, nicht als eine gewaltsame Aenderung seines Willens, erscheinen.

Hieraus folgt also, daß ein neues Gesetz, ohne Rückwirkung zu begehen, vorschreiben kann, die Form von schon früher geschehenen und damals gültigen Handlungen, falls dies noch möglich ist und nur von dem Willen des berechtigten Individuums abhängt, zu ändern, um die Handlung als gültig zu erhalten; daß ein Gesetz Fristen zur Wahrnehmung von erworbenen Rechten einführen und resp. vorhandene abkürzen kann, bei deren Nichtwahrnehmung die erworbenen Rechte verfallen sein sollen; daß es den Fortbestand eines contractlichen Rechts von der Vollbringung formeller Handlungen, z. B. der Inscription, abhängig machen kann, die nur im Willen des Berechtigten liegen; daß es sogar in den unmittelbaren Inhalt eines Vertragsverhältnisses eingreifen kann, wenn nur immer dies beobachtet wird, daß die Abänderung oder Entziehung des Rechts durch den bloßen Willen des Berechtigten verhindert werden kann.

Ist dies richtig, so zeigt sich hier, daß auch die Formel, welche Viele über die Rückwirkung aufstellen, daß nämlich voll-

brachte Thatsachen (faits accomplis) von neuen Gesetzen nicht berührt werden dürfen, abgesehen davon, daß sie ganz unzureichend, auch nicht richtig ist. Denn vollbrachte und bisher für sich allein vollkommen gültige und wirksame Thatsachen werden hier ohne Rückwirkung zerstört und geändert, wenn die Bedingung der neuen Willensaction nicht erfüllt wird.

Es zeigt sich ebenso, daß auch der Contract als solcher durchaus nicht blos durch das Gesetz zur Zeit seiner Schließung regiert wird, wie die gewöhnlichen Formeln besagen, sondern daß auch in ihm, wie in der ganzen Sphäre des Rechts, nichts anderes der verändernden Einwirkung späterer Gesetze entzogen wird und zu entziehen ist, als der Begriff der individuellen Willensfreiheit.

Daß vom Gesetz zur Aufrechthaltung des früher schon in genügender Form gesetzten Willens eine neue Willensaction gefordert wird — dies wird niemand für Rückwirkung ausgeben können. Denn dies würde heißen das positive Recht des Staats bestreiten wollen, Leistungen des Individuums als Bedingung des Civilschutzes und seiner Forterhaltung zu fordern, ein Recht, welches ihm also ebensowol die Befugniß gibt, im Interesse z. B. der Unzweifelhaftigkeit des letzten Willens oder der Conformität der Pfandrechte, oder der größern Sicherheit und schnellern Klarlegung der Rechtsverhältnisse eine nochmalige Erklärung des letzten Willens in geänderter Form, oder eine neue hypothekarische Inscription in bestimmter Weise, oder eine schnellere Darlegung des Willens, seine Rechte zu wahren, d. h. eine Klageanstellung in kürzern Fristen, zu begehren. Und indem sich alle diese Forderungen in bloße Willensäußerungen auflösen, das Individuum also in Bezug auf Erhaltung und Verlust seiner Rechte nur von seinem eigenen Willen abhängig gemacht wird, kann, wenn ohne hinreichenden Grund das Gesetz ihm die Last auferlegt, zur Erhaltung seines Rechts seinen Willen nochmals an den Tag zu legen, dies unter Umständen ein lästiges und schlechtes Gesetz sein, aber von einem rückwirkenden, den individuellen Willen brechenden Charakter desselben kann keine Rede sein.

Wenn jetzt der theoretische Beweis für die entwickelte Folgerung erbracht ist, so würde nun die Frage entstehen, ob dieselbe

nicht auch schon bisher in dem empirisch-juristischen Stoff irgendwo anerkannt worden ist.

Merkwürdigerweise ist es nun gerade diese vom Begriff hervorgetriebene Folgerung, welche seit jeher auf das vielfachste und unzweideutigste anerkannt worden ist, ohne daß sie doch vermocht hätte, den Begriff der individuellen Willensfreiheit, dem sie entsprungen und den sie als den alleinigen Kern der Rückwirkungsfrage so scharf nachweist, zum Bewußtsein zu bringen. Davon war dann wieder die Folge, daß sie nicht zu den Consequenzen fortgeführt wurde, die sie in sich trägt.

Ausdrücklich anerkannt wurde sie im §. 16 der Einleitung zum Allg. Landrecht:

> „Soll nur die äußere Form einer Handlung geändert und diese Vorschrift bei allen noch abzuändern möglichen Handlungen beobachtet werden, so muß das Gesetz hierzu eine hinlängliche Frist bestimmt haben." [1])

Unter dieser Bedingung also, daß die Abänderung dem Individuum noch factisch möglich ist und daß dazu eine hinlängliche Frist gegeben wird, erblickt der preußische Gesetzgeber keine Rückwirkung darin, wenn selbst die äußere Form der Handlung, die doch sonst lediglich und allein unter dem Gesetze ihrer Zeit steht, zu ändern vom Gesetz verlangt wird.

So wurden in den mehrfachen Fällen, in welchen die preußische Hypothekenordnung an Stelle des bis dahin geltenden gemeinrechtlichen Pfandrechts gesetzt wurde, die Pfandgläubiger aufgefordert, binnen einer bestimmten Frist die Eintragung ihrer Forderungen in die neuen Hypothekenbücher vornehmen zu lassen. Niemand hat in dem Verlangen dieser neuen Inscription zur Erhaltung eines bis dahin schon erworbenen und wirksamen Rechts eine Rückwirkung gesehen. Wol aber wäre eine solche in vollem Maße vorhanden gewesen, wenn den Pfandgläubigern nicht diese Eintragung innerhalb einer bestimmten Frist gestattet, oder wenn ihnen, insoweit ihnen für die Conformirung ihrer Ansprüche keine

1) Mit Unrecht führt also Bornemann (a. a. O., S. 16) diese Vorschrift unter folgender Vorausschickung an: „Der Gesetzgeber kann zwar auch die rückwirkende Kraft eines solchen (nämlich die Form von Rechtsgeschäften betreffenden) Gesetzes anordnen." Es ist vielmehr, wie gezeigt, auch nicht eine Spur von Rückwirkung darin!

Frist gestellt wurde oder diese Beibringung der neuen Form nicht mehr möglich war, ihre bisherigen Rechte nicht erhalten geblieben wären. [1])

---

1) Hieraus ergibt sich der große Irrthum, den Bornemann, S. 22 fg., begeht, wo er in eine wahrhafte Rückwirkung verfällt. In Uebereinstimmung mit zwei Ministerialrescripten v. 13. Febr. 1792 und 30. Mai 1801 (mit denen wieder das Rescript v. 16. März 1787 als das richtige in Widerspruch steht) hatte das Kammergericht in einem spätern Falle die Umschreibung eines im Jahre 1744 eingetragenen und an den letzten Inhaber zurückgezahlten Kapitals auf den Namen des Gutsbesitzers, der die Zahlung geleistet hatte, verweigert, weil der letzte Inhaber sich nur durch eine außergerichtliche Privatcession v. 7. Dec. 1748 legitimiren und auch den Uebergang der Forderung an seine Vordermänner nur durch solche Privatcessionen nachweisen konnte. Der Gutsbesitzer klagte nun gegen den letzten Inhaber und dieser wurde in der That rechtskräftig verurtheilt, sich in einer bestimmten Frist als Eigenthümer des Kapitals in hypothekarischer Form zu legitimiren! Gedrängt durch Execution und bei der Unmöglichkeit, die verlangte Legitimation nach Verlauf von mehr als 60 Jahren zu beschaffen, wandte sich der letzte Inhaber im Jahre 1833 an den damaligen Justizminister mit der Bitte, die Umschreibung des Postens ohne weiteres anzuordnen. Der Justizminister kam diesem Antrage auch ganz sachgemäß in einer richtig motivirten Ausführung nach (s. Bornemann, S. 21, und Kamptz, Jahrb., Bd. 41, S. 525 fg.) und veranlaßte, um den Widerspruch mit dem Rescript von 1801 zu erledigen, einen Allerh. Erlaß vom 29. Mai 1833, in welchem richtig bestimmt wurde, daß die Vorschriften der Hypothekenordnung, §. 60 fg., 199, 248 fg., auf früher errichtete Verträge und einseitig ausgestellte Urkunden und deren äußere Form keine Anwendung finden könnten. Ein ähnliches Rescript, in Bezug auf die wiedervereinigten Provinzen und das für sie erlassene Patent vom 22. Mai 1815 nebst Instruction vom 30. Mai 1815, erging unterm 14. Aug. 1837, bestimmend, daß auf Grund der unter der Herrschaft des gemeinen Rechts errichteten Privaturkunden, welche nach den damaligen Gesetzen in formeller und materieller Hinsicht zum Eigenthumserwerb genügten und keine sichtbaren Mängel an sich trügen, die Besitztitelberichtigung ohne weiteres erfolgen müsse.

Dem gegenüber ergreift nun Bornemann die Partei der ältern Ministerialrescripte von 1792 und 1801 und erklärt die Ausführung des Justizministers in dem im Jahre 1833 erstatteten Bericht für „nicht durchaus zutreffend". Seine Gründe sind diese: Auch nach preußischen Gesetzen genügten bloße Privaturkunden als causa praecedens des Erwerbs von Sachen und Rechten. Nur nicht für hypothekarische Eintragung ohne weiteres. Hierzu bestimme vielmehr die Hypothekenordnung, daß solche Privaturkunden dem Aussteller zuvörderst zur Anerkennung vorgelegt werden sollten. „Wenn nun", sagt Bornemann, „die ältern Rescripte vorschreiben, daß diese Bestimmung auch auf die unter der Herrschaft des gemeinen Rechts errichteten Urkunden anzuwenden sei, so wird dadurch der Hypothekenordnung keine rück-

Es ist daher nur eine ausdrückliche Anerkennung unsers Princips und des §. 16 der Einleitung zum Allg. Landrecht,

---

wirkende Kraft beigelegt. Denn die formelle Gültigkeit dieser Urkunden bleibt unberührt. (!) Es soll ihnen nur in Bezug auf eine Einrichtung, welche dem gemeinen Rechte fremd ist und auf welche dasselbe daher nicht einwirken kann, keine mehrere Kraft beigelegt werden als den unter der Herrschaft des preußischen Rechts errichteten Urkunden derselben Art. Meines Erachtens entsprechen die ältern Rescripte daher der strengen Anwendung des allgemeinen Grundsatzes über die zeitlichen Grenzen der Herrschaft der Gesetze."

Aber dieser Scharfsinn ist ein in hohem Grade sich selbst verwirrender. Die einzige Frage, die in dem Falle überhaupt zu untersuchen war, ist lediglich die, ob nach dem damaligen gemeinen Recht die Privatcession vom 7. Dec. 1748 die grundbücherliche Forderung mit voller Wirksamkeit übertrug (und zur grundbücherlichen Umschreibung berechtigte). Dies bestreitet Bornemann nicht, und somit ist die Frage entschieden. Denn daß auch die preußischen Gesetze Privaturkunden zur hypothekarischen Eintragung zulassen, aber nur nachdem der Aussteller zuvor recognoscirt hat, kann keinen Einfluß üben und macht den Fall gar nicht anders stehen als er stünde, wenn das preußische Gesetz gar keine Privaturkunde, sondern nur notarielle, zur Eintragung zuließe. Das preußische Gesetz kann für die unter seiner Herrschaft errichteten Urkunden vorschreiben, daß, um bestimmte Arten von Wirksamkeit zu haben, Urkunden bestimmte Formen beobachten müssen, z. B. gerichtliche oder notarielle Form, oder die Form der Recognoscirung. Bei Nichtbeobachtung dieser Formen kann es ihnen alle oder doch gewisse Wirksamkeiten versagen. Wer somit unter preußischem Gesetz eine Privaturkunde empfängt, weiß und unterwirft sich dem mit Freiheit, daß er zur Eintragung die Recognoscirung des Ausstellers nachsuchen muß. Wenn aber die frühere Privatcession einmal das volle Recht auf die grundbücherliche Eintragung, an deren Stelle das neue Hypothekenwesen getreten war, ohne Recognoscirung ertheilte, so konnte der Richter nicht das früher gültig erworbene Recht wegen Nichterfülltseins der neuen Form für stillschweigend vom Gesetz vernichtet erachten. Der Gesetzgeber hätte verlangen können, daß schon bestehende Privaturkunden, die dies bisher nicht nöthig hatten, nachträglich vom Aussteller zur Eintragung recognoscirt werden müßten; er hätte eine Frist hierfür festsetzen können, bei deren Nichtbeachtung das Recht entzogen sein solle. Aber da der Gesetzgeber die Nachholung der neuen Form nicht ausdrücklich verordnete, durfte sie der Richter nicht von selbst suppliren. Und der Gesetzgeber selbst hätte diese Forderung nur stellen dürfen für solche Fälle, wo die Nachholung der neuen Form (Recognoscirung) noch möglich und blos von dem Willen des Cessionar abhängig war, also wo der Aussteller noch lebte und processualisch zur Recognoscirung genöthigt werden konnte, nicht aber bei Urkunden von 1748 und früher. Jede andere Entscheidung des Gesetzgebers, und um so mehr des Richters, verletzt die oben entwickelte

wenn der preußische Gesetzgeber in den transitorischen Patenten für diejenigen Provinzen, welche bis dahin unter französischem Rechte gestanden hatten und wo somit olographische und notarielle Testamente gültig gewesen waren, in dem Bestreben, die Verität und Unanfechtbarkeit der letztwilligen Verordnungen mehr zu sichern, eine neue gerichtliche Anfertigung der Testamente nach den Vorschriften des Allg. Landrechts, auch in Bezug auf die schon gültig bestehenden, verlangte. Das Patent vom 9. Sept. 1814 für die Provinzen jenseit der Elbe [1]) verordnet hierüber in §. 7:

„Es sollen aber die von den Erblassern eigenhändig ge- und unterschriebenen, ohne Beobachtung einer weitern Form bisher gültig gewesenen Testamente, ingleichen diejenigen, welche vor Notarien aufgenommen worden, nur noch während eines Jahres, vom 1. Jan. 1815 an gerechnet, als rechtsbeständig erachtet werden.

Nach Ablauf dieses Zeitraums tritt in Ermangelung einer gültig aufgenommenen Disposition die gesetzliche Erbfolge ein, wofern nicht nachgewiesen werden kann, daß der Erblasser während des ganzen einjährigen Zeitraums von Errichtung eines Testaments nach den Vorschriften des Allg. Landrechts verhindert gewesen ist."

Alle Forderungen des Begriffs sind hier sorgfältig erfüllt. Es ist eine hinreichende Frist gegeben, innerhalb welcher der Testirende seinen Willen von neuem darlegen kann und soll, und bis zu deren Ende die frühere Darlegung gültig bleibt, und selbst nach Ablauf dieser Frist ist der Gegenbeweis zugelassen, daß der Testirende sich in factischer Unmöglichkeit befunden habe;

Natur der Sache und den §. 16 der Einleitung zum Allg. Landrecht, wie gleichfalls aus dem Obigen sich ergibt.

Ist es nicht bezeichnend, daß Bornemann, der, wie wir sahen, in diesem §. 16, der keine Spur von Rückwirkung enthält, eine „rückwirkende Kraft" erblickt, gerade dadurch hier selbst in flagrante Rückwirkung verfallen muß? Wir wollen nicht verschweigen, daß Bornemann darauf selbst erklärt, wie seine Entscheidung zwar streng rechtlich sei, aber zu sehr bedenklichen Uebelständen führen könne, weshalb er derartige Fälle dem Ermessen des Hypothekenrichters anheimzustellen vorschlägt. Allein es gibt dabei nichts anheimzustellen, weil die Entscheidung Bornemann's nicht unbillig, wie er meint, sondern dies nur nebenbei und vor allem unjuristisch ist.

1) Und ebenso in dem Patent für Westpreußen vom 9. Nov. 1816, §. 9, und für das Großherzogthum Posen, vom selben Tage, §. 9.

das Individuum ist also schlechthin nur von seinem eigenen Willen abhängig gemacht.

Es ist also höchlich auffällig, wenn Savigny (VIII, 478) diese Verordnung eine „ganz eigenthümliche Bestimmung" nennt, in welcher „nun augenscheinlich der Ausdruck eines allgemeinen bleibenden Grundsatzes nicht enthalten ist, sondern nur die Nothhülfe für einen einzelnen Fall. Auch findet sich in den übrigen transitorischen Gesetzen eine ähnliche Bestimmung gar nicht".

Jedenfalls hätte Savigny sehen müssen, daß diese angeblich ganz eigenthümliche Bestimmung den allgemeinen bleibenden Grundsatz des §. 16 der Einleitung zum Allg. Landrecht in sich enthält; daß sie nur denselben Grundsatz enthält, von dem auch das Verfahren bei der Hypothekenordnung, das er selbst billigt (s. VIII, 539), nur ein Ausfluß ist; denselben Grundsatz, der, statt eigenthümlich zu sein, in den verschiedensten Gesetzgebungen nachgewiesen werden kann.

So erklärt zwar Justinian in der Nov. 66, Kap. 1, §. 4, daß die zur Zeit bereits bestehenden Testamente in Bezug auf die Gültigkeit ihrer Form nicht nach seinen neuen Vorschriften zu beurtheilen und von neuem aufzunehmen wären (nec accusentur quod eo tempore, quo illi vixerunt, eas non mutaverint); aber er erklärt ausdrücklich, daß er nur deshalb dies nicht fordere, weil dies in sehr vielen Fällen dem testirenden Individuum nicht mehr factisch möglich sein würde und nur aus diesem Grunde eine solche Forderung unzulässig wäre; denn unmittelbar nach den angeführten Worten, in welchen er gesagt, daß die Neuerrichtung der Testamente nicht verlangt werden könne, fährt er, dies begründend, also fort: „neque enim omnia in nostra potestate sunt, nec semper aliquis *tempus testandi habet*. Nam saepe *mors repente homines opprimit* iisque *facultatem testandi adimit* (τῆς τοῦ διαθέσθαι τούτους ἐξουσίας ἀφαιρούμεναι). *Quare* quod ab initio recte factum est" u. s. w.

Justinian spricht also deutlich genug aus, daß, wäre nicht jenes Bedenken von der factischen Unmöglichkeit, d. h. von der nicht immer vorhandenen Abhängigkeit der Erfüllung von dem bloßen individuellen Willen [1]) — ein Bedenken, welches in den

1) Die factische Möglichkeit in diesem Sinne, d. h. die Abhängigkeit einer Handlung von dem bloßen individuellen Willen, wird daher mit

preußischen Patenten so sorgfältig gewahrt wird — die Erneuerung der Testamente vom Gesetzgeber gar wohl verlangt werden könnte.

Ebenso direct wie in den preußischen Patenten ist der Grundsatz in den Annalen der französischen Gesetzgebung nachzuweisen. Die französischen Gesetze vom 5. Brumaire und 17. Nivôse II hatten die Testirfähigkeit gänzlich verändert und insoweit freilich ohne jede Beziehung auf das in Rede stehende Princip die Testamente der noch Lebenden vernichtet. Allein sie hatten noch eine quotité disponible übrig gelassen, über welche testirt werden konnte (ein Zehntel des Vermögens, wenn directe Erben, und ein Sechstel, wenn nur Collateralerben vorhanden waren). Es entstand jetzt die Frage, ob nicht wenigstens für diesen Betrag die bereits bestehenden und in verbotener Weise à titre universel verfügenden Testamente aufrecht zu halten seien, oder ob sie als gänzlich nichtig zu betrachten und die Errichtung neuer Testamente zur Verfügung über den jetzt noch erlaubten Theil erforderlich wäre. Insofern war dies nur eine Frage nach der formellen äußern Gültigkeit der bestehenden Testamente, oder konnte doch mindestens als solche äußere Formfrage aufgefaßt werden und wurde, wie wir sehen werden, schließlich nur so aufgefaßt. Der Convent entschied hierüber durch Art. 47 des Decrets vom 22. Ventôse II mit folgenden Worten:

> „Que la loi a aboli ces anciennes dispositions et que si elle a simplement réduit à une quotité celles dont l'auteur décédé *ne pouvait refaire* un nouvel acte, ce motif a *cessé* lorsque cet auteur a survécu à la promulgation de la loi du 5 brumaire; qu'ainsi et s'il ne l'a pas fait, l'ancienne disposition est nulle pour le tout."

Der Convent stimmte also mit dem preußischen Gesetzgeber ganz in den Principien überein, sowol im Grundsatz, daß die neue Errichtung von Testamenten gefordert werden könne, als auch darin, daß diese Forderung nur dann zulässig sei, wenn der Testator das Testament neu machen könne. Nur daß der

---

Recht überall da zur rechtlichen Kategorie, wo es auf den individuellen Willen ankommt; vergl. beispielsweise oben über die Verjährung (agere non valenti non currit praescriptio, S. 130), die L. 18, C. de testibus (4, 20), u. s. w.

Convent das „*ne pouvait pas* refaire" lediglich in dem Tode des Testators erblicken wollte.

Nun wurden (s. oben S. 36 fg.) die Gesetze vom 5. Brumaire, 17. Nivôse und 22. Ventôse II gerade wegen ihrer, sei es wahren, sei es vermeintlichen Rückwirkung später — in Bezug auf diesen rückwirkenden Effect — zurückgenommen. Hierbei bestimmte nun das unter dem Directorium erlassene Gesetz vom 18. Pluviôse V (6. Febr. 1797) in Bezug auf die uns hier beschäftigende Frage in Art. 4:

> „Les actes de dernière volonté faits antérieurement à la publication des lois des 5 brumaire et 17 nivôse an 2 et qui n'ont pas été refaits ou renouvelés depuis, dans *les cas mêmes où la loi en indiquait l'obligation*, restent néanmoins valables et sont seulement *reductibles* jusqu'à la concurrence de la quotité disponible, *lorsqu'ils sont l'ouvrage*, 1° de militaires décédés au service de la patrie, ou de personnes mortes au service des armées; 2° de personnes décédées en maison de réclusion ou qui ont péri en vertu de jugements révolutionnaires, ou qui ont demeuré cachées par suite de mises hors la loi ou de mandats d'arrêt; 3° de personnes mortes en voyages de long cours."

Das heißt also, in solchen Fällen, wo die Erneuerung des Testaments trotz des Fortlebens des Testators nicht mehr von seinem bloßen Willen abgehangen hatte, ihm vielmehr offenbar unmöglich gewesen war, sollte das alte Testament formell gültig bleiben (bis zum erlaubten Betrage). Gänzlich ungültig sollten dagegen die Testamente aller solcher Personen sein, die, ohne sich in diesen Verhinderungsfällen zu befinden, die Publication jener Gesetze überlebt hatten, ohne die Testamente zu erneuern (par des personnes qui ont survécu à la publication de la dite loi sans les renouveler). Also auch jetzt, wo man sehr aufgelegt war (s. oben S. 42), den Begriff der Rückwirkung sehr weit zu fassen und solche besonders in den Verordnungen des Convents leicht zu erblicken, vermochte man doch eine solche nicht darin zu sehen, daß das Gesetz die formelle Erneuerung verlangt hatte, und schloß dies in den Widerruf des retroactiven Effects der Brumaire- und

Nivôse-Gesetze nicht ein. Nur noch eine sehr wichtige Hinzufügung macht das angezogene Gesetz. Trotz des Vorhergesagten sollten nämlich bis zum Betrag der quotité disponible gültig bleiben alle Testamente in allen solchen Fällen, wo sich die Erbschaften zwar nach den Gesetzen vom 5. Brumaire und 17. Nivôse, aber vor dem Gesetz vom 22. Ventôse II

„qui a *déclaré formellement la nécessité de renouveler* les dispositions à titre universe."

eröffnet hatten. — Diese beschränkende Hinzufügung und ihre angeführte Motivirung ist aus zweierlei Gründen sehr wichtig. Einmal zeigt sich darin, daß der gesetzgebende Körper die Ungültigkeit der Testamente nicht auffaßte als eine Folge der Hinfälligkeit ihrer prohibirten Bestimmungen, als eine materielle Nichtigkeit, die, das prohibirte Testament überhaupt beseitigend, die reine Intestaterbfolge eintreten lassen mußte. Diese der Sache jede nähere Beziehung auf unsern jetzigen Gesichtspunkt raubende Auffassung, welche seit je bei den Testamenten eine große Rolle gespielt hat, welche aber überhaupt schwerlich möglich sein dürfte, wo die Errichtung des Testaments dem prohibirenden Gesetze vorhergeht, lag hier nicht vor, denn sonst würde diese Nichtigkeit der Testamente auch bei den schon seit den Gesetzen vom 5. Brumaire und 17. Nivôse eröffneten Erbschaften haben eintreten müssen, weil diese Gesetze es ja eben waren, welche jene prohibitiven Bestimmungen enthielten. Dennoch sollte diese Ungültigkeit erst vom Ventôse-Gesetz ab eintreten und zwar ausdrücklich, weil dieses — in dem oben angeführten Art. 47 — „formell die Nothwendigkeit erklärt hatte, jene Testamente zu erneuern". Der legislative Körper faßte also die Ungültigkeit der Testamente nur als die Folge der Nichterfüllung der Vorschrift über die Nachholung der äußern testamentarischen Form auf, welche er in jenem Art. 47 des Ventôse-Gesetzes erblickte, in demselben Sinne, wie die bezogenen preußischen Patente eine solche enthalten.

Zweitens erkannte durch diese Bestimmung der legislative Körper das schon oben (Anm. 2 zu S. 169) gegen Bornemann von uns entwickelte Princip an, daß, wo die Nothwendigkeit vorliegen soll, die Wirksamkeit einer frühern Handlung durch Nachholung einer äußern, von neuen Gesetzen verfügten Form aufrecht zu halten, diese Forderung vom Gesetzgeber ausdrücklich ausgesprochen sein muß

und wenn eine solche Bestimmung fehlt, durch keine Interpretation aus den Gesetzen gefolgert werden darf. Darum räumte der legislative Körper nicht ein, daß schon in die Gesetze vom 5. Brumaire und 17. Nivôse — so nahe ihnen diese Interpretation lag — durch Folgerung die Forderung hineingetragen werden dürfe, die bereits bestehenden Testamente zu erneuern, sondern erst von der ausdrücklichen Aufforderung des Ventôse-Gesetzes an datirt er die Wirkung, die bestehenden nicht erneuerten Testamente ungültig zu machen. — Der Grund hiervon ist der oben entwickelte. Die Bestimmungen, die wir bisher in diesem Paragraphen betrachtet haben, lösen sich in die gesetzgeberische Forderung an das Individuum auf, seinen Willen noch einmal zu setzen, wenn er aufrecht bleiben solle. Da dieser Wille bereits in an und für sich wirksamer Form vollbracht ist, so ist diese Forderung eine dem Individuum auferlegte Last, rechtfertigt sich aber durch das Recht des Staats, Leistungen für die Gewährung des Civilschutzes zu fordern. Eben deshalb aber hat nur der Gesetzgeber das Recht, diese Last und Leistung zur Aufrechthaltung des an und für sich schon Gültigen aufzuerlegen; der Richter, dem dies positive Recht nicht zusteht, kann, wo sie nicht ausdrücklich auferlegt ist, sie nicht durch Folgerungen schaffen und dem an und für sich Gültigen seine Anerkennung versagen.

Ebenso ausdrücklich wie der §. 16 der Einleitung zum Allg. Landrecht, und in noch allgemeinerer Weise erkennt Merlin die von uns im Anfang dieses Paragraphen entwickelte Folgerung des Begriffs an. Er sagt [1]: obgleich contractliche Rechte, seien es actuelle, eventuelle oder exspectative, außer dem Bereich eines spätern Gesetzes stehen, so könne das spätere Gesetz doch nichtsdestoweniger „en subordonner l'exercice à telles formalités, à telles diligences, à telles conditions qu'il lui plait, pourvu que ces formalités, ces diligences et ces conditions *ne dépendent point* d'événements ou de faits *étrangers à la volonté des parties* auxquelles elle les impose, ou, en d'autres termes, pourvu que ces parties ne puissent imputer qu'à leur *propre incurie* la perte qu'elles éprouvent par l'omis-

1) Rép. de Jurisprud. v° Effet retr., Sect. III, §. 3, Art. 3, No. 11, T. V, p. 575.

sion ou l'inaccomplissement de ces formalités, de ces diligences, de ces conditions.

„Ainsi, comme nous venons de le voir, la loi ne peut pas en réduisant aujourdhui l'intérêt conventionnel de l'argent, empêcher qu'un intérêt plus haut qui a été précédemment stipulé sous une loi qui l'autorisait, ne continue d'être exigible; mais elle peut dire au créancier à qui elle conserve forcément le droit d'exiger des intérêts sur le pied de leur stipulation primitive: « tu te feras desormais payer ces intérêts dans tel délai; et faute de diligence de ta part pour te les faire payer dans ce délai, ils seront prescrits.» Et voilà pourquoi nul ne doute que l'art. 2277 du Code civil qui assujettit les intérêts à la prescription de cinq ans, ne soit applicable aux intérêts qui, bien que stipulés antérieurement au Code civil et dans les pays où, à l'époque de leur stipulation, ils n'étaient prescriptibles que par trente ans, ne sont néanmoins échus que postérieurement à la mise en activité de cet article.

„Ainsi, la loi du 11 brumaire an VII, en établissant un nouveau système hypothécaire, n'a pas pu abolir les hypothèques qui avaient été constituées suivant l'ancien mode; mais elle a très-bien pu dire aux créanciers à qui appartenaient ces hypothèques et elle leur a dit en effet: vous ferez inscrire ces hypothèques aux bureaux des conservateurs dans telle forme et tel délai; sinon vous serez déchus."

Schwerlich sind jemals Worte deutlicher durch die Thätigkeit des Begriffs hervorgetrieben worden als die eben angeführten, welche die von uns im Anfang dieses Paragraphen entwickelte Folgerung so ausdrücklich aussprechen. Und nur das könnte fast wunder nehmen, wie Merlin, trotz dieser so klaren und, wie wir schon oben aufmerksam machten, den wahren und alleinigen Inhalt des Rückwirkungsbegriffs in so durchsichtiger und entscheidender Weise bloßlegenden Worte, dennoch nie dazu gelangte, sich diesen Begriff selbst und somit erst die wahre theoretische Begründung der hier von ihm selbst gezogenen Folgerung zum Bewußtsein zu bringen. Es könnte dies wunder nehmen, wenn dies nicht eben die besondere Eigenthümlichkeit der Franzosen wäre, unter der treibenden Herrschaft des echten Begriffs zu stehen, ohne sich über ihn selbst klar zu werden.

Mehr wunder kann daher nehmen, daß Merlin nicht einmal die juristische Verstandesconsequenz seiner Worte streng festhält, wie sich in Folgendem zeigt.

In dem Bezirk des Parlaments von Toulouse genoß der durch Zwangsverkauf expropriirte Schuldner das Recht während zehn Jahren à rabattre le décret, d. h. gegen Erstattung von Preis und Kosten den Adjudicator zu evinciren. Insofern Schuldner solche Zwangsverkäufe unter der Herrschaft dieses Gesetzes hatten eintreten lassen, mußte dieses Evictionsrecht mit Grund als ein droit conventionnel, als eine stillschweigend beim Verkauf stipulirte resolutorische Bedingung gelten. Nichtsdestoweniger wurde durch Gesetz vom 25. Aug. 1792 dies Recht auch in Bezug auf die schon geschehenen Zwangsverkäufe aufgehoben. Der Convent aber fühlte sehr bald die hierin liegende Rückwirkung und weit entfernt, eine solche zu wollen, verfügte er durch ein anderes Gesetz vom 12. Febr. 1793 (Art. 2), daß die Abschaffung jenes Rechts nur die nach dem Gesetz vom 25. Aug. 1792 geschehenen Adjudicationen treffen, in Bezug auf frühere Adjudicationen aber die alten Eigenthümer dasselbe, so lange sie noch in der frühern (zehnjährigen) Frist sich befänden, behalten sollten.

Unterm 17. Germinal II erging jedoch ein neues Gesetz, welches diese Frist abkürzte und verordnete, daß nach dem 1. Vendemiaire III eine action en rabattement nicht mehr zulässig sein solle.

In der Reactionsperiode war man aber auch von diesem fristabkürzenden Gesetz der Ansicht, daß es rückwirkend sei. Infolge dessen wurde es durch Gesetz vom 25. Brumaire VI rapportirt, weil es in sich einschlösse „des dispositions de rétroactivité également contraire à la justice et à la déclaration des droits".

Merlin, welcher jenes Gesetz vom 17. Germinal II bespricht, ist gleichfalls der Meinung, daß es rückwirkend gewesen sei. „Denn", sagt er (a. a. O., S. 567), „si la loi peut abroger le *délai* d'un retrait purement légal, elle n'a pas le même pouvoir à l'égard d'un retrait à la fois légal et *tacitement conventionnel.*"

Allein, wenn man auch der Ansicht sein muß, daß das Gesetz rückwirkend war, — aus diesem Grunde, daß die Frist stillschwei-

gend conventionell war, ein Grund, der vielmehr zu einer ganz falschen Theorie führen müßte, war es dies gewiß nicht! Denn warum sollte das Gesetz nicht eine stillschweigend stipulirte Frist, ja selbst eine ausdrücklich ausbedungene, ohne Rückwirkung abkürzen können?

Einstimmig ist man der Ansicht, und Merlin selbst hat sie in den oben angeführten Worten (S. 177) ausgesprochen, daß das Gesetz Verjährungs*fristen* auch in Bezug auf schon entstandene Forderungen ohne jede Rückwirkung abkürzen kann. Und ist nicht ebenso in jedem Contract, durch den eine Forderung erworben wird, die stillschweigende Bedingung zu erblicken, daß sie nur in der zur Zeit des Contracts gesetzlich bestimmten Frist verjähren soll, wie in dem Zwangsverkauf unter jenem Gesetz die tacite Bedingung, in der Frist des Gesetzes das Eigenthumsrecht geltend zu machen, zu erblicken ist?

Hierin also, weil die Frist eine *stillschweigend conventionelle* war, liegt *nicht* der Grund. Nicht einmal die ausdrückliche Bestellung der Verjährungsfrist in einem Contracte würde gegen ein späteres kürzere Fristen einführendes Gesetz schützen.

Der Unterschied liegt vielmehr in einem schon oben hervorgehobenen Begriffsmoment.

Bei der Verjährung genügt der *bloße Wille* des Individuums, sein Recht aufrecht zu halten. Wenn es sich auch stillschweigend oder ausdrücklich eine längere Frist ausbedungen hat, es kann *jederzeit* klagen, wenn ihm das Gesetz dies aufgibt. Es wird hierdurch also von *keinem andern* Umstand als von seinem *Willen* abhängig gemacht. Zu der Bewerkstelligung des Rückkaufs dagegen genügt *nicht* die einfache individuelle Willenserklärung, wie bei der Klage, sondern es muß hierzu auch noch die Offerte des Kaufpreises treten, also eine von seiner bloßen Willensmanifestation unabhängige objective Leistung. Zur Beschaffung dieser Mittel hat sich das Individuum in der stillschweigend conventionellen Frist einen bestimmten Zeitraum ausbedungen. Dieser darf ihm also nicht *verkürzt* werden, weil einerseits die Rücknahme des Guts ein bloßes vorbehaltenes *Recht* des alten Eigenthümers, keine Pflicht desselben bildet und andererseits durch die gegen seinen Willen eintretende *Verkürzung* dieser Frist ihn um den Inhalt dieses Rechts selbst bringen kann, da zur Ausübung desselben der bloße Wille nicht hinreicht.

Es ergibt sich aus dieser Analyse die allgemeine Folge: Fristen, mögen sie stillschweigend oder ausdrücklich ausbedungen sein, können durch spätere Gesetze ohne Rückwirkung verkürzt werden, wenn zur Aufrechthaltung des dabei in Rede stehenden Rechts der bloße individuelle Wille hinreicht. Sie können nicht verkürzt werden, wenn zu dieser Aufrechthaltung das Individuum noch irgendeine außerhalb des bloßen individuellen Willens liegende Bedingung bedarf. [1])

In der bisherigen Untersuchung war immer nur von Fällen die Rede, wo, wie bei dem Testament, der Hypothekerinscription, der Verjährung, nur ein einseitiger Berechtigter vorhanden war, welcher zur Aufrechterhaltung seines bereits bestehenden Rechts seinen Willen zu setzen, resp. noch einmal zu setzen hatte.

Es folgt aber aus dem Inhalt des hier betrachteten Begriffsmoments und ist deshalb schon im Anfang dieses Paragraphen entwickelt worden, daß das wie in erworbene Rechte überhaupt, so auch in bestehende zweiseitige Verträge ohne Rückwirkung eingreifen und dieselben ganz oder theilweise aufheben oder ändern kann, wenn es nur eben das Ausschließen dieser seiner ändernden Einwirkung und das weitere Aufrechterhalten des bisherigen Rechts von nichts anderm abhängig macht, als von einer lediglich in dem Willen des bisher mit dem betreffenden Recht ausgerüsteten Individuums gelegenen Handlung.

Es handelt sich jetzt darum, dies überaus wichtige Princip, dessen theoretischer Beweis schon in dem Eingang dieses Paragraphen gegeben ist, und dessen Verkennung so viele falsche Entscheidungen und irreführende Formeln über das Verhältniß der Verträge zu den Gesetzen veranlaßt hat, gleichwol wiederum als schon im empirisch-juristischen Stoff anerkannt und thätig nachzuweisen.

Dies mag zunächst an der Justinianischen Novella 120 de alienatione et emphyteusi rerum ecclesiasticarum geschehen, die auf das sichtlichste von ihm regiert wird.

Justinian verordnet im achten Kapitel dieser Novelle: „Si locator aliquis vel emphyteuta rei pertinentis vel ad sanctissi-

1) Insoweit liegt also in dem die Frist der action en rabattement abkürzenden Gesetz vom 17. Germinal II eine wirkliche Rückwirkung vor.

mam magnam ecclesiam vel ad aliam venerabilem domum in quocunque loco reipublicae nostrae sitam aut deteriorem *reddat* rem, quam *accepit* vel *post haec accipiet*, aut per biennium emphyteuticum vel locationis canonem a se promissum *non solvat*, *potestatem* venerabili domni, a qua locatio vel emphyteusis celebrata est, concedimus, ut ea quae ei pro tempore praeterito debentur, veteremque statum rei locatae vel in emphyteusin datae exigat et *emphyteusi vel locatione ejiciat*, ut qui nec de meliorationibus actionem quandam contra venerabiles domos movere possit."

Es soll also der Miether und selbst der Pächter auf emphyteutischen Titel, wenn er binnen zwei Jahren den stipulirten Kanon nicht entrichtet oder das Grundstück deteriorirt, vom Eigenthümer aus der Emphyteuse herausgeworfen werden können, und dies soll auch für die bereits geschlossenen Verträge gelten.

Der abändernde Eingriff in das bestehende Vertragsverhältniß ist unleugbar. Dem emphyteutischen Pächter wird sein erworbenes Recht auf das Vertragsverhältniß entzogen durch die gesetzliche Verfügung einer Bedingung, welcher er sich bei Eingehung des Vertrags weder ausdrücklich noch stillschweigend unterworfen hatte. Aber dieser Eingriff ist durchaus ohne Rückwirkung und vollkommen regelmäßig, weil die Aufrechterhaltung seines bisherigen Rechts nur abhängig gemacht ist von zwei lediglich in seinem Willen stehenden Handlungen, von der Nichtdeteriorirung des Grundstücks, und von der nicht zwei Jahre hintereinander eintretenden Verletzung seiner contractlichen Pflicht zur Erlegung des jährlichen Kanons. Sehr irrig wäre es in letzterer Hinsicht geltend machen zu wollen, daß zu dieser Entrichtung der bloße Wille nicht genüge, vielmehr außer demselben auch Zahlmittel erforderlich seien, und daß es sich daher ebenso verhalte, wie oben bei der Frist für das Rückkaufsrecht. Dort trat Rückwirkung ein, weil keine Verbindlichkeit zum Rückkauf, sondern lediglich ein Recht hierauf vorlag und dieses Recht durch die Verkürzung der für die Ausübung desselben stillschweigend ausbedungenen Frist wegen nicht vorhandener Zahlmittel illusorisch gemacht werden konnte.

Im gegenwärtigen Falle aber wird dem emphyteutischen

Pächter nicht durch das Gesetz auferlegt, eine Zahlung zu machen, zu der er nur berechtigt, nicht verpflichtet ist; es wird ihm ebenso wenig auferlegt, früher zu zahlen, als er sich verpflichtet hat. Es wird vom Gesetz nur die Nichtverletzung einer selbstübernommenen Verbindlichkeit von ihm gefordert.

Dies aber, übernommene Verbindlichkeiten nicht zu verletzen, muß nach der rechtlichen Anschauung stets als in der alleinigen Willensfreiheit des Individuums stehend angenommen werden. Die einzige Ausnahme hiervon sind die Fälle der force majeure, die darum eben auch helfen und helfen müssen.

Sehr beachtenswerth ist der sorgfältig beobachtete Unterschied im Gebrauch der tempora und modi in der Justinianischen Novelle, der im griechischen Text noch schärfer hervortritt. Justinian sagt, seine Verordnung solle platzgreifen, wenn Einer eine Sache in Emphyteuse angenommen hat oder annehmen wird, — quam *accepit* vel post *accipiet* (ὅπερ ἢ ἔλαβεν ἢ μετὰ ταῦτα λάβοι). Hierfür soll es also ganz gleich bleiben, ob die Handlung — die Vertragschließung — schon geschehen ist oder erst eintreten wird, wie wir in der That gesehen haben, daß in beiden Fällen die Willensfreiheit des Pächters gleichmäßig erhalten bleibt. Dagegen heißt es: das Gesetz solle platzgreifen, wenn der Pächter das Grundstück deterioriren oder den Kanon während zwei Jahren nicht zahlen wird. Hier steht der in der Verbindung mit den Bedingungspartikeln stets Futuralbedeutung annehmende Conjunctiv: „εἰδέτις — — ἢ χεῖρον ποιήσῃ τὸ πρᾶγμα, ὅπερ ἔλαβεν, ἢ ἐπὶ διετίαν μὴ καταβάλῃ τὸν παρ᾽ αὐτοῦ ὁμολογηθέντα ἐμφυτευτικὸν ἢ μισθωτικὸν κανόνα" (si — deteriorem *reddat* — aut non *solvat*, oder, wie die Glosse noch bestimmter übersetzt: aut per biennium non *intulerit*). Diese sich gleichbleibende Abwechselung in den Zeitformen der unmittelbar aufeinander folgenden Verba zeigt, daß Justinian sehr richtig gefühlt hat, worauf es ankomme. Von bereits vorgefallenen Deteriorirungen oder Nichtzahlungen soll und darf die Aufrechterhaltung des Vertragsverhältnisses nicht abhängig gemacht werden; denn dann würde sie von Handlungen abhängig gemacht, die, als vergangene, nicht mehr in dem Willen des berechtigten Individuums stehen.

Nun setze man aber den Fall umgekehrt. Angenommen, daß

unter einer Gesetzgebung, wo diese Justinianische Novelle gilt, emphyteutische Verträge geschlossen sind und nun ein Gesetz erscheint, nach welchem die zweijährige Nichtzahlung des Kanons nicht mehr die Wirkung hat, den Eigenthümer zur Auflösung des Vertragsverhältnisses zu berechtigen. Es ist ersichtlich, daß dieses aufhebende Gesetz auf die bestehenden Verträge nicht einwirken kann. Denn aus den früher geschlossenen Verträgen war durch die als stillschweigende Willensbedingung wirkende Kraft jener Novelle den Eigenthümern das Recht erworben, im Falle zweijähriger Nichtentrichtung des Kanons das Grundstück einzuziehen und die Aufrechthaltung dieses bestehenden Rechtes würde durch Einführung des neuen Gesetzes, da Zahlung oder Nichtzahlung des Pächters nicht ein vom Eigenthümer abhängiges Willensfactum ist, nicht, wie im vorigen Falle, von dem Willen des Berechtigten abhängig gemacht. Hier läge also vollständige Rückwirkung vor.

Wenn also Göschel, gerade diesen letzten von uns supponirten Fall betrachtend, sagt [1]), daß, wenn eine Kirche vor dem Eintritt des Allg. Landrechts vertragsmäßig ein Grundstück in Erbzins auszuthun sich verpflichtet habe, zwar auf Erfüllung und Rescission des Vertrags nach den ältern Gesetzen geklagt werden könne, daß dagegen die Emphyteuse selbst, wenn nichts besonderes vertragsmäßig festgesetzt ist, wegen des vom Landrecht aufgehobenen Unterschiedes der persönlichen Eigenschaft des Erbzinsherrn (Thl. 1, Tit. 18, §§. 772, 773) nicht mehr in zwei, sondern nun erst in drei Jahren verloren gehe, so ist der große Irrthum dieser Entscheidung jetzt positiv nachgewiesen. [2]) Zugleich ist aber auch

---

1) Simon und v. Strampff Zeitschrift, II, 20 fg.

2) Man kann diese Göschel'sche Entscheidung auch nicht aus dem Grunde aufrecht halten wollen, weil (vgl. §. 7) die landrechtliche Aufhebung des Unterschiedes in der persönlichen Qualität des Erbzinsherrn dem öffentlichen Recht entflossen und somit ein zwingendes Gesetz sei. Gewiß ist sie dies insoweit, daß unter dem Allg. Landrecht nicht mehr ein Erbzinsvertrag geschlossen werden kann, in welchem eine Kirche sich ausdrücklich auf Grund dessen, daß sie Kirche und nicht gewöhnlicher Erbzinsherr sei, mit Bezugnahme auf jene Novelle die zweijährige Frist stipulirt. Dies würde contra leges gehen. Aber in Bezug auf die ältern Verträge wirkt der Vorzug der Kirchenqualität nur als ein gleichgültiges Motiv zu dem Willen der Parteien, den Verlust der Emphyteuse an zweijährige

nachgewiesen, welches der wahre Gedanke in der von ihm — und schon vor ihm von Meyer in seinen Principes sur les questions transitoires — aufgestellten Unterscheidung ist zwischen den „unmittelbaren und den mittelbaren Folgen eines Vertrags", von denen die erstern nur nach dem ältern, die letztern nach dem neuen Gesetze sich richten sollen. Daß dieser Gedanke in dieser Form, wie er bei Göschel und Meyer herausgerungen ist, falsch und principlos ist, ist ihnen von allen Seiten hinlänglich eingeworfen und soeben noch durch die betrachtete Entscheidung Göschel's gezeigt worden. Das Wahre aber, welches sie zu dieser Unterscheidung getrieben hat und nur wegen der nicht klaren begrifflichen Erfassung des Gedankens, unter dessen Einwirkung sie standen, sich zu einer die begriffliche Natur der Sache nicht erschöpfenden und darum falschen Formel verkehrt hat, ist eben jenes aus dem Begriff entwickelte und an der Justinianischen Novelle belegte Gedankenprincip.

Und es ist, wie nunmehr gleichfalls von selbst klar sein wird, nur die sich geltend machende Kraft desselben Princips, welche den badischen Gesetzgeber getrieben hat, unter die Zusätze, mit welchen der Code Napoléon als Landesgesetz für Baden verkündet worden ist, folgenden Zusatz zum Art. 2 des Code Nap. aufzunehmen:

> „Künftige Folgen einer vergangenen Begebenheit, wozu ein früheres Gesetz das Recht gegeben hatte, kann ein späteres ändern, ohne rückwirkend zu sein, so lange es nur noch zwischen eintritt, ehe der Fall entsteht, der die Folgen erzeugt."

Man sieht, wie hier derselbe Gedanke zu Grunde liegt, den wir in der Novelle nachgewiesen haben. Der ältere Contract ist

---

Nichtzahlung zu binden. Dieser Wille selbst ist aber durch das Landrecht nicht zwingend ausgeschlossen; vielmehr kann jeder Erbzinsherr eine beliebig kürzere oder längere Zeit für den Verlust der Emphyteuse festsetzen, wie sowol von selbst klar ist, als im §. 774, Tit. 18, Thl. 1, noch ausdrücklich gesagt wird. Das Landrecht derogirt also der Privatwillkür hierin durchaus nicht. — Würde es dagegen durch ein prohibitives Gesetz ausschließen, daß eine kürzere als eine dreijährige Frist bestimmt werde, so würde dann aus diesem Grunde die Göschel'sche Entscheidung allerdings zutreffen, wie sich in §. 7 ergeben wird.

eine vergangene Begebenheit. Gleichwol kann das neuere Gesetz, ohne rückwirkend zu sein, abändernd einwirken, weil der diese Folgen erzeugende Fall der Nichtzahlung ein erst künftig, nach dem neuen Gesetze, eintretender ist. Weil aber der badische Gesetzgeber den ihn bestimmenden Gedanken nicht klar beherrscht, treibt sich derselbe nicht nur zu einem unklaren, sondern auch positiv falschen Ausdruck. Denn es reicht nicht hin, daß der die Folgen erzeugende Fall erst nach dem neuen Gesetze entsteht, es hätte auch noch gesagt sein müssen, daß sein Eintreten, um ändernde Wirkung haben zu dürfen, lediglich von dem Willen dessen abhängen muß, dessen Recht entzogen oder vermindert oder dessen Verbindlichkeit vergrößert werden soll.

Ohne diese Bestimmung müssen große Irrthümer, wie die falsche Göschel'sche Entscheidung und andere ähnliche [1]), die Folge dieses sich selbst misverstehenden Gedankenausdrucks sein.

Dasselbe Princip ist es, welches — und diesmal insoweit in richtigster Anwendung — die französische Jurisprudenz zu ihrer Auslegung des Art. 1912 Cod. Nap. bestimmt hat. Derselbe verordnet, daß der Schuldner einer in perpetuum constituirten Rente zur Wiedergabe des Kapitals solle gezwungen werden können, wenn er seinen Verpflichtungen während zweier Jahre nicht

---

1) So heißt es bei Brauer (Erläuterungen über den Code Nap. und die großherzogl. badische bürgerliche Gesetzgebung, I, 28): wenn unter einer Gesetzgebung, welche Ernährung des Kindes, Kindbettkosten und Jungfernschaftsvergütung zur Folge einer Schwängerung erklärte, eine Schwängerung eingetreten und während derselben der Code Napoléon eingeführt worden wäre, so würde diese Einführung zwar nicht die Entrichtung der Jungferntaxe, wol aber der Kindbettkosten und des Unterhalts für den Nichtanerkennungsfall beseitigen, weil diese nicht von der Thatsache der Schwängerung, sondern von jener der Geburt abhingen, die später wäre als die neue Gesetzgebung!! Schon die erste Voraussetzung ist unrichtig, weil die betreffenden Bestimmungen des Code Nap. durchaus prohibitiv sind und deshalb, wie wir im folgenden Paragraph sehen werden, sofort eingreifen müssen. Sieht man aber hiervon ab, so muß auch die Verpflichtung für die Kindbettkosten u. s. w., weil doch die Niederkunft nach einmal gegebener Schwängerung nicht mehr durch den Willen vermeidlich ist, bestehen bleiben, und diese Brauer'sche, dem Text des Gesetzes freilich ganz gemäße Folgerung muß durch ihre schlagende Inconsequenz fast Gelächter erregen, zeigt aber dadurch am besten, wie wenig es hinreicht, daß die Thatsache nach dem Gesetz eintritt, wenn sie nicht eine freiwillige ist.

nachkommt, oder wenn er dem Darleiher die im Vertrag versprochenen Sicherheiten zu liefern unterläßt.

Wie die Justinianische Novelle ausdrücklich [1]) anordnet, daß es gleichgültig sein solle, ob der empheutische Vertrag in der Vergangenheit geschlossen sei, so hat, obwol sich der Art. 1912

---

1) Wir wollen hier Gelegenheit nehmen zu bemerken, wie willkürlich und seltsam häufig viele Autoren mit der Benutzung solcher Gesetze, die ausdrücklich sofortige Einwirkung auf bestehende Verhältnisse verordnen, umgehen. Das eine mal führen sie dies als eine Anerkennung seiten des Gesetzgebers an, daß diese sofortige Einwirkung (vulgo Rückwirkung) in der rechtlichen Natur der Sache liege. Und gegen diese Benutzung wird sich auch im allgemeinen nichts einwenden lassen. Das andere mal dagegen führen sie die ausdrückliche Verordnung als eine Anerkennung des Gesetzgebers an, daß ohne diese specielle Verordnung das Gesetz rechtlich nicht sofort einwirken dürfe, diese Kraft ihm vielmehr ausnahmsweise durch eine die Kraft der Rechtsregeln unterdrückende Vorschrift ertheilt werden müsse. Diese Schlußfolgerung ist besonders Bergmann's Steckenpferd, und seine ganze Theorie beruht auf derselben. Man sieht aber sofort, daß es gar nichts lahmeres gibt als diesen Schluß. Der Gesetzgeber kann sehr wohl, gerade wenn er fest überzeugt ist, daß ein Gesetz seiner rechtlichen Natur nach sofort eingreifen müsse, dies ausdrücklich anordnen, um mögliche Zweifel der Richter zu vermeiden oder widersprechenden und irrigen Auslegungen im voraus in den Weg zu treten. Man wird überhaupt im allgemeinen niemals annehmen können, daß, wenn der Gesetzgeber, um uns der Kürze halber hier dieses schiefen Ausdrucks zu bedienen, Rückwirkung verordnet, er gegen seine eigene Ansicht von dem, was die rechtliche Natur der Sache erfordere, handle! Nur daß der Gesetzgeber, der ja keine Theorie schreibt, sehr gut der Ansicht sein kann, daß zwar auf Verträge im allgemeinen nicht rückgewirkt werden dürfe, daß aber diese besondere Art von Vertrag oder diese besondere Wirkung eines solchen der rechtlichen Natur der Sache nach Rückwirkung erfordere. Er würde sich dann sogar noch sehr gut des Wortes „ausnahmsweise", welches seinen Sinn empfängt im Gegensatz zu dem allgemeinen Rechtsgebiete (z. B. Verträge), auf dem er sich gerade bewegt und zu dem, was für dieses allgemeine Gebiet zulässig ist, bedienen und doch überzeugt sein, daß die einzelne concrete Bestimmung, die er gerade trifft, der Natur der Sache nach rückwirken müsse oder dürfe. Die Auslegung, daß der Gesetzgeber nach seiner eigenen Ansicht gegen das Recht handle, wird daher nur in den allerseltensten Fällen und nur auf Grund ganz besonderer Beweise zulässig sein. Das Verhältniß der Justinianischen Novelle, welche die Vorschrift der sogenannten Rückwirkung ausdrücklich enthält, zu dem Art. 1912 C. c., welcher sie nicht enthält und dennoch so ausgelegt wird, geben einen Beleg von dem Unkritischen dieser Bergmann'schen Methode.

Code Nap. hierüber nicht äußert, die französische Jurisprudenz sehr richtig aus der rechtlichen Natur der Sache die Folgerung gezogen, daß es gleich bleibe, ob der Rentencontract unter der ältern Gesetzgebung, welche diese Verpflichtung dem Schuldner nicht auferlegte, gethätigt sei, wenn nur dies zweijährige Unterbleiben der Rentenzahlungen unter der Herrschaft des Code Napoléon erfolgt sei. [1])

So entschied man auch noch mit demselben Rechte, daß der Art. 1977 des Code Napoléon, welcher verfügt, daß derjenige, zu dessen Gunsten eine vermittelst eines Kaufpreises erworbene Leibrente bestellt sei, die Resiliation des Vertrags fordern kann, wenn der Schuldner die im Vertrage festgesetzten Sicherheiten nicht liefert, auch auf Leibrentenverträge anwendbar sei, die vor dem Code Napoléon constituirt worden. [2])

Aber die tödtende Macht der Formel, diese ewige sich bei jedem Schritt an seine Füße heftende Gefahr des Juristen riß hin! [3])

---

1) Dagegen sprechen Proudhon, des Personnes, I, 64 (ed. Valette); Chabot, Quest. trans. v° Rentes constituées, §. 1er; Duranton, Thl. 17, Nr. 615; Valette sur Proudhon l. l. Demolombe, Cours de cod. civ., Thl. 1, Nr. 55. Aber die richtige Ansicht vertritt die weit größere und gewichtigere Zahl der Autoren; so Merlin, Rép. v° Rente constituée, §. 12, Nr. 3, und v° Effet rétroactif, Sect. III, §. 3, Art. 3, V, 576 sqq.; Delvincourt, III, 413; Toullier, Thl. 6, Nr. 250; Troplong, du Prêt, Nr. 485; Duvergier, Nr. 355 fgg.; Richelot, Princip. de droit civ., Thl. 1, Nr. 31. Und einstimmig hat sich die Jurisprudenz der Gerichtshöfe hierfür ausgesprochen. So die Urtheile der Appellhöfe von Poitiers vom 27. Dec. 1809, von Bordeaux v. 25. April 1811, von Turin v. 3. Mai 1811; und der pariser Cassationshof in seinen Urtheilen vom 6. Juli 1812, v. 4. Nov. 1812, v. 10. Nov. 1818, v. 25. Nov. 1839. Ebenso war in der belgischen Jurisprudenz ein heißer Kampf hierüber, der endlich durch den obersten Gerichtshof von Brüssel im richtigen Sinne entschieden wurde; s. Urth. vom 5. Mai 1820 und die Pasicrisie belge zum Urth. v. 16. Mai 1823.

2) Urth. des A. H. v. Riom vom 4. Aug. 1818. (Sirey, 19, 2, 37.)

3) Unglücklicher= oder glücklicherweise ist es ganz unmöglich, die Wahrheit in eine Formel zu bringen! Ein klarer Beleg hierzu mag sein, daß die von uns selbst im §. 1 aufgestellte Formel — wenn man sie nur wörtlich als solche und nicht nach ihrem begrifflichen Sinn auffaßt — an den in dem gegenwärtigen Paragraph betrachteten Fällen bereits falsch geworden ist. Denn die hier betrachteten Gesetze sind sämmtlich solche, welche das Individuum allerdings durch Vermittelung einer frühern Willensaction desselben treffen — und es dennoch mit Recht und ohne Rück-

Weil man jene Punkte mit Recht so entschieden hatte, so entschied man nun auch, durch die äußere Gleichheit verführt, daß der Art. 1978 des Code Napoléon, welcher verfügt, daß das bloße Ausbleiben der Rentenzahlungen den Leibrentengläubiger nicht berechtige, die Rückzahlung des Kapitals zu verlangen, auch auf solche Leibrentenverträge anwendbar sei, welche unter einem Gesetz geschlossen, das den Gläubiger in diesem Falle zur Resolution des Contracts berechtigt hatte. [1]) So entriß man ein contractlich erworbenes, stillschweigend ausbedungenes Recht, welches das Motiv und die vorausgesetzte Bedingung des Leibrentenvertrags gewesen war oder gewesen sein konnte, ohne daß seine Aufrechterhaltung von der Willensfreiheit des Betroffenen abhängig gewesen wäre. [2])

---

wirkung treffen! Die Formel ist also schon hier falsch geworden — und dennoch wird man uns jedenfalls das zugeben, daß alles bisher Gesagte mit eiserner Consequenz aus dem von uns im §. 1 aufgestellten Begriff entwickelt ist. Aber die Formel als solche kann und muß hier falsch werden, weil außer der frühern Willensaction, durch deren Vermittelung das neue Gesetz das Individuum trifft, hier auch noch eine neue zweite und erst nach dem Gesetz eintretende individuelle Willenshandlung da ist, ohne deren Vermittelung das Gesetz das Individuum nicht treffen würde und durch deren Begehung das Individuum sich den Folgen des neuen Gesetzes mit Freiheit unterwirft.

Ebenso wird die Formel am folgenden Paragraph zu Schanden, obgleich er wieder nur die strengste Consequenz des in ihr waltenden Begriffs ist. Soll eine wahrhafte Formel für die Rückwirkung gegeben werden, so kann es nur die des Begriffs selbst sein: die individuelle Willensfreiheit dürfe nicht verletzt werden. Aber was hierin enthalten ist und nicht, zeigt nur der Reichthum der gesammten Ausführung.

1) Diese flagrante Rückwirkung beging der Cassationshof von Paris in seinen Urtheilen vom 18. Dec. 1822 u. vom 17. Juli 1824, und der A. H. von Bordeaux durch Urth. v. 19. Aug. 1829. Dagegen entschieden — und diesmal also mit Recht — Chabot, Quest. trans. v° Rentes viag., §. 1er, II, 284, und der A. H. von Bordeaux in seinen Urtheilen vom 10. Febr. 1807 und vom 15. Dec. 1812.

2) Dieses falsche Resultat kann nicht wunder nehmen, wenn man z. B. liest, wie Troplong an der oben (S. 188, Not. 1) angeführten Stelle seine richtige Ansicht über den Art. 1912 begründet. Er sagt: „De quoi s'agit-il? d'une cause de résolution naissant de *faits* d'exécution *postérieurs* au contrat (daß die faits spätere sind, reicht durchaus noch nicht hin) et qualifiés par la loi nouvelle. Or l'exécution des contrats se règle par la loi

Es muß jetzt aus dem Vorigen von selbst ersichtlich sein, wie es sich in Bezug auf gewisse vom Gesetz zur Anfechtung der Gültigkeit gewisser Obligationen gewährte Gründe verhält. Gewiß entscheidet Weber [1]) mit Unrecht, daß bei dem Widerruf einer Schenkung wegen Undankbarkeit oder wegen nachgeborener Kinder nicht das Gesetz zur Zeit der Schenkung, sondern das Gesetz zur Zeit der Widerrufsklage maßgebend sei, weil die Schenkung an und für sich gültig sei und erst durch eine besondere Klage entkräftet werde. Gewiß entscheidet Meyer [2]) ebenso mit Unrecht, daß es in diesen Fällen nicht auf das Gesetz zur Zeit der Schen-

---

vivante à l'époque où l'exécution est réclamée." Diese letztere Behauptung ist in dieser Allgemeinheit ebenso wenig richtig und mit solchen abstracten Begründungen muß man freilich dann nothwendigerweise zu den falschesten Resultaten kommen, wenn sie auch bei Gelegenheit von Gesetzartikeln gegeben werden, auf die sie wirklich passen, aber nur passen wegen anderer und gerade übersehener concreterer Bestimmungen, die dabei in Betracht kommen.

Mehr Wunder nehmen müßte dagegen jenes falsche Resultat, wenn man sieht, daß schon Merlin in Bezug auf diesen Punkt die Formel ganz richtig und concret hingestellt hat, sie aus den angeführten Entscheidungen über den Art. 1912 und seinen oben (S. 177) angeführten Worten mit sicherm logischen Takt ableitend. Er fragt sich (Rép. v° Effet retr., V, 582), ob ein Gesetz, welches neue Resolutionsgründe einführt, auf die frühern Verträge einwirken könne? und er antwortet: „*Non,* si ces causes dérivent de faits antérieurs à la loi nouvelle, *ou si,* lorsqu'ils sont *postérieurs, ils ne dépendent pas de la volonté de la partie contre laquelle* on voudrait provoquer la résolution. *Oui,* si elles dérivent de faits *à la fois* postérieurs à la nouvelle loi *et dépendans uniquement* de la volonté de cette partie." Man müßte wahrhaft erstaunt sein, wie hier die ganz richtige Ansicht entwickelt sein konnte, ohne dennoch in 30 Jahren auf deutsche und selbst auf französische Autoren und Gerichtshöfe den geringsten Einfluß zu üben und sie von jenen falschen Resultaten abzuhalten, wenn der Grund hiervon nicht eben darin läge, daß diese richtige Unterscheidung, welche Merlin über die „effets des contrats aufstellt", dennoch bei ihm, nur durch einen logischen Instinct hervorgetrieben, in keinem systematischen Zusammenhang mit seiner sonstigen Ansicht von der Rückwirkung steht, die vielmehr mit den bisher üblichen Theorien übereinstimmt, sodaß, indem er die Rückwirkung nicht in ihrem Begriff, als Verletzung der individuellen Willensfreiheit, aufzufassen weiß, jene Unterscheidung in dieser Isolirung ihre wahrhafte Begründung und Beweiskraft gänzlich verliert.

1) a. a. O., S. 107.

2) a. a. O., S. 175, 177, 188 fgg.

kung, sondern auf das Gesetz zur Zeit des spätern Ereignisses resp. der Widerrufsklage ankomme, weil die Parteien bei der Schenkung an diese Ereignisse, die nur „accidentelle Folgen" seien, nicht hätten denken können.

Gewiß hat Savigny [1]) diese Behauptungen hinreichend widerlegt und die Halt- und Principlosigkeit derselben genügend nachgewiesen, die denn auch allgemein anerkannt ist. [2])

Aber gewiß ist es nicht minder falsch, wenn nun Savigny selbst hierüber also spricht [3]): „Widerruf einer Schenkung wegen Undankbarkeit oder wegen nachgeborener Kinder. Es entscheidet die Zeit der Schenkung, nicht die Zeit des spätern Ereignisses, noch weniger die Zeit auf Widerruf angestellten Klage." Es ist dies ebenso falsch, sagen wir, ja es kann auf diesem Formelnwege gar nicht zur Wahrheit durchgebrochen werden. Der Weg zu dieser ist vielmehr grundsätzlich dadurch versperrt. Es muß vielmehr eine zweifache Unterscheidung gemacht werden. Widerruf wegen Undankbarkeit und Widerruf wegen nachgeborener Kinder sind nicht von derselben Natur. Der eine findet statt wegen einer auf seiten des Beschenkten vorgenommenen freien Willenshandlung, der andere wegen eines nur seiten des Schenkers eingetretenen Ereignisses. Nur in einem bestimmten Fall wirken beide Gründe, wie wir sehen werden, in derselben Weise ein, und dies hat verführt, sie überhaupt als unterschiedslose zu betrachten. Der zweite, noch wichtigere Unterschied, der gemacht werden muß, ist der: sind die Widerrufsgründe durch das Gesetz zur Zeit der Schenkung gegeben und werden sie durch das neue aufgehoben? oder fanden sie umgekehrt zur Zeit der Schenkung nicht statt und sind erst durch das neue Gesetz eingeführt? Es ist im hohen Grade verwunderlich, daß die Juristen stets und fast ohne Ausnahme beide Arten von Gesetzwechsel für identisch wirkend betrachten, nicht nur in diesen, sondern ebenso in allen ähnlichen Fällen. [4]) Nichts hat verderblicher gewirkt und mehr zum Irrthum gezwungen als diese unselige Formelnmethode, da in nur zu häufigen Fällen

---

1) System, VIII, 438 fgg.

2) Vgl. Bornemann, a. a. O., S. 25 fgg.

3) a. a. O., S. 442.

4) Vgl. z. B. über die Zulässigkeit des Zeugenbeweises oben S. 146 fg.

der constitutive Unterschied gerade darin liegen wird, ob es das alte Gesetz ist, welches die Befugniß übertrug, die von dem neuen aufgehoben werden soll, oder ob sie umgekehrt erst durch das neue Gesetz eingeführt wird.

Betrachten wir also die Zulässigkeit jener Widerrufsklagen nach den angegebenen Unterscheidungen. Sind die Widerrufsgründe durch das Gesetz zur Zeit der Schenkung gegeben, so wirken sie als stillschweigender Vorbehalt des Schenkenden, und hier ist es dann deshalb gleichgültig, ob der Widerruf sich auf Undankbarkeit oder auf nachgeborene Kinder gründet. In beiden Fällen hat sich der Schenkende durch die als stillschweigende Bedingung in den Contract übergehende gesetzliche Bestimmung contractlich den Widerruf vorbehalten und der Beschenkte sich dem unterworfen. Der Schenker hat nur mit Hinblick auf diese Widerruflichkeit, falls ihm Kinder entstünden oder Undankbarkeit zugefügt würde, geschenkt. Er kann wenigstens nur mit Hinsicht auf diese Garantie die Schenkung gethätigt haben, die er sonst vielleicht ganz unterlassen oder anders eingerichtet haben würde. Wie wäre es also möglich, ohne Denaturirung seiner Handlung, und also ohne eine seinem Willen Gewalt anthuende Rückwirkung ihm diese contractlichen Vorbehalte zu rauben, blos weil ein neues Gesetz sie nicht mehr als schon ohne besondere Verabredung gültige, selbstredende Vorbehalte anerkennt?

Anders wenn das Gesetz zur Zeit der Schenkung die Widerrufsgründe nicht kannte und sie ein neues Gesetz einführt. Hier ist zu unterscheiden, ob sich der Widerruf auf nachgeborene Kinder oder auf Undankbarkeit gründet. Im erstern Falle kann das neue Gesetz durchaus nicht einwirken. Es wurde dem Beschenkten eine unwiderrufliche Schenkung gemacht, und er hat sie als solche acceptirt. Wäre sie widerruflich gewesen, so würde er sie vielleicht gar nicht angenommen und sich so z. B. der Chance ausgesetzt haben, nach Empfang eines Vermögenszuwachses, der ihn zu einer Aenderung seiner Lebensweise oder einem Aufgeben oder Vertauschen seines Geschäftsbetriebes veranlassen konnte, dies Vermögen später eventuell zurückgeben zu müssen und dann hierdurch schlimmer zu stehen als vor dem Empfang desselben. Hier also wendet sich der Bruch seines Willens und die Rückwirkung gegen den Beschenkten.

Aber nicht so verhält es sich, wenn der Widerruf sich auf Undankbarkeit gründet (natürlich insofern die Handlungen der Undankbarkeit nicht schon dem neuen Gesetze vorausgegangene sind). Wenn der Beschenkte die Erzeugung von Kindern seitens des Schenkers nicht verhindern kann, so hängt es dagegen nur von seinem Willen ab, von jetzt ab keine Handlungen der Undankbarkeit zu begehen. Begeht er sie dennoch, so hat er sich mit freiem Willen den ihm bekannten Folgen unterworfen, die das jetzt geltende Gesetz daran knüpft, hat selbst auf die Unwiderruflichkeit der Schenkung verzichtet. Da es nur bei ihm stand, dieselbe aufrecht zu erhalten — wie kann er sich über auf seinen Willen ausgeübte Gewalt und also über Rückwirkung beklagen? Was soll ihm das neue Gesetz entrissen haben? Die Schenkung noch nicht — sondern nur ein Recht auf Undankbarkeit. Ein solches gibt es aber überhaupt nicht, und am allerwenigsten ein erworbenes. Wenn man sehr weit gehen will, so würde man nur sagen können, es ist ihm eine gesetzliche Befugniß entrissen, gewisse Handlungen zu begehen. Aber solche abstracte gesetzliche Befugnisse sollen ja eben, wie allgemein anerkannte Lehre und auch diejenige Savigny's ist, durch neue Gesetze sofort geändert werden.

§. 7. Absolute Gesetze. Begriffliche Einwirkung auf erworbene Rechte. Aufhebung ohne und mit Entschädigung. Auflösung des Entschädigungsscheines. Das begriffliche Princip des Unterschiedes. Beispiele. Französische und preußische Gesetze. Die Grundsteuerfreiheit. Die beiden Klassen von absoluten Gesetzen und ihr begrifflicher Unterschied. Wuchergesetz; lex commissoria. Die Pandektentheorie.

Das Individuum kann durch seine Handlungen, durch einseitigen oder zweiseitigen Vertrag, sich oder andern Personen Rechte nur sichern, wenn und insoweit die bestehenden Gesetze dies erlauben.

Es kann selbst wunder nehmen, in einer wissenschaftlichen Behandlung des Rechts einen so elementaren und sich von selbst verstehenden Satz erst noch ausdrücklich erwähnt zu sehen.

Und dennoch ist es nur die Vernachlässigung dieses einfachen Elementarsatzes und seiner in ihm enthaltenen Consequenzen, welche die Quelle von unzähligen Schwierigkeiten gewesen ist, die man sich selbst bereitet hat, und von ebenso zahlreichen und großen Irrthümern, in die man bei der beabsichtigten Lösung jener Schwierigkeiten verfiel.

Denn in jenem hervorgehobenen Satze ist auch schon von selbst der Folgesatz enthalten: das Individuum kann sich und Andern nur insoweit und auf so lange Rechte sichern, insoweit und so lange die jederzeit bestehenden Gesetze diesen Rechtsinhalt als einen erlaubten ansehen.

Mit andern Worten: wir haben hier den Gedankengrund der zerstörenden und dennoch von jeder Rückwirkung freien Einwirkung prohibitiver oder zwingender Gesetze [1]) auf frühere Verträge vor uns, und es ist gegenwärtig unsere Aufgabe, die Rechtmäßigkeit dieser Einwirkung, die begrifflichen Grenzen derselben und ihre Uebereinstimmung mit unserer Theorie der individuellen Willensfreiheit näher zu entwickeln.

Diese Rechtmäßigkeit und — was damit zusammenfällt — die Nichtverletzung des Begriffs der rechtlichen Willensfreiheit ist aber durch den Einen Satz erwiesen, dem seine Begründung sofort auf dem Fuße folgen soll, daß:

> jedem Vertrage von Anfang an die stillschweigende Clausel hinzuzudenken ist, es solle das in demselben für sich oder Andere stipulirte Rechte nur auf so lange Zeit Geltung haben, solange die Gesetzgebung ein solches Recht überhaupt als zulässig betrachten wird.

Und diese Clausel ist um so mehr in jeden Vertrag als die eigene Willenserklärung der Parteien hineinzudenken, als ein entgegengesetzter Wille derselben ein von Haus aus unrechtlicher und ungültiger wäre.

Die Begründung ist einfach. Die alleinige Quelle des Rechts

---

1) Savigny hat die sehr passende Benennung: absolute Gesetze, für sie eingeführt, unter welchen alle solche Gesetze verstanden werden, über welche der Privatwille nicht paciseiren kann, während alle Gesetze, welche ein Abweichen der Privatwillkür gestatten, von ihm als vermittelnde bezeichnet werden.

ist das gemeinsame Bewußtsein des ganzen Volkes; der allgemeine Geist. Seit Hegel ist dieser Satz theoretisch so festgestellt, daß er keines neuen Beweises bedarf. Seit Savigny [1]) ist er den positiven Juristen so eingeimpft, daß auch von ihnen kein Widerspruch mehr zu befürchten ist. Savigny unterließ nur, die für unser Gebiet erforderliche erschöpfende Folgerung daraus zu ziehen. Diese streng logisch-nothwendige Folgerung ist die: daß es für das Individuum rechtlich unmöglich ist, die Gemeinschaft mit dieser alleinigen Substanz des Rechts aufzugeben, seinen Zusammenhang mit ihr zu zerreißen und sich gegen ihren Wandel festhalten zu wollen. Eine solche Absicht des Individuums würde, statt rechtlich in Betracht zu kommen, vielmehr (ähnlich wie wir dies von der Rückwirkung in §. 1 gesehen haben) das absolute Unrecht bilden, den Rechtsbegriff selbst aufzuheben. Denn dieser besteht eben nur in dieser Gemeinschaft, besteht nur darin, daß das, was jederzeit den absoluten Inhalt des allgemeinen Bewußtseins bildet, auch für alle Einzelnen da und vorhanden sei.

Die Absicht, durch das Erwerben eines Rechts dasselbe gegen eine spätere dieses Recht ausschließende Gestalt des öffentlichen Rechtsbewußtseins zu befestigen und sich also gegen den Zusammenhang mit diesem und seine Fortwandelung in isolirter Selbstherrlichkeit festhalten zu wollen, würde somit den sich sofort logisch selbstzerstörenden Widerspruch in sich einschließen, in demselben Act die Gemeinschaft mit dem allgemeinen Rechtsbewußtsein und die Trennung von demselben zu gleicher Zeit zu setzen. Denn das einzelne Recht, das eben erworben werden soll, hat zum letzten und wahren Titel seiner Gültigkeit wiederum nicht das bestimmte es gestattende Gesetz, welches selbst nur ein einzelner Ausfluß des Rechtsbewußtseins ist, sondern es hat zu seinem wirklichen Träger vielmehr nur den Quell dieses Ausflusses, jenes allgemeine Rechtsbewußtsein des Volkes selbst. Auch während seines Bestehens und Geltens besteht und gilt dies Recht

1) Und gerade auch wieder bei unserer Materie erinnert er ausdrücklich an denselben (VIII, 533: „Das Recht hat seine Wurzel in dem gemeinsamen Bewußtsein des Volks", und S. 536), ohne ihn aber zu seinen Consequenzen zu entwickeln.

als ein Recht nur auf Grund seiner conformen Gemeinschaft mit diesem Wesen alles Rechts. Ein Recht erwerben und es auch für die Zeit festhalten wollen, wo das allgemeine Bewußtsein dies Recht nicht mehr als zulässig und erlaubt anschauen wird, heißt also in einem Athem den Rechtstitel, auf Grund dessen man erwirbt, die Uebereinstimmung mit dem allgemeinen Bewußtsein, setzen und aufheben, anrufen und ausschließen zu gleicher Zeit!

Durch Erwerbung eines Rechts kann sich daher das Individuum niemals der Einwirkung des allgemeinen Rechtsbewußtseins entziehen wollen. Sondern gerade eher nur durch Nichterwerbung wäre dies insoweit mindestens ohne logischen Widerspruch möglich, und nur ein solches Individuum würde diese Einwirkung wirklich von sich abhalten können, welches, wenn dies denkbar wäre, nun und niemals ein Recht weder erwerben noch ausüben und haben wollte. Denn Erwerben heißt seitens des Individuums selbst das öffentliche Bewußtsein als ein für den Handelnden gültiges und verbindliches bestellen, und die nichterworbenen Rechte sind, wie wir früher gesehen haben, überhaupt nur vom Gesetz verliehene und mit jedem, sogar nichtprohibitiven Ruck desselben wandelnde Fähigkeiten!

Das Individuum kann sich also von vornherein ein Recht in gültiger Weise nur auf so lange stipuliren, so lange die Gesetze dies Recht für ein erlaubtes betrachten werden.

Das Gesagte ändert sich auch durchaus nicht, wenn ein Gesetz in aeternum und ausdrücklich gegen jeden künftigen prohibitiven Gesetzgebungswandel ein bestimmtes Recht sich zu sichern den Individuen erlauben sollte. Ein solches Gesetz würde natürlich gar keine längere Zeitdauer beanspruchen können als jedes andere Gesetz, d. h. keine längere Dauer als eben die seines gesetzlichen Bestehens. Ein solches Gesetz, welches nur aus einer irrigen Auffassung der innern und ewigen Natur alles Rechts hervorgegangen wäre, würde natürlich mit der bessern Erkenntniß des Rechts als der stetigen Verwirklichung des jederzeitigen allgemeinen Vernunftgehaltes sofort von selbst verschwinden und wirkungslos werden müssen. Auch würde diesem Gesetze ebenso wenig durch eine es ergreifende Handlung des Individuums (§. 3) zu einer längern Dauer verholfen werden können als einem andern Gesetze,

d. h. zu längerer Dauer als bis eben zu dem Momente, wo seine Geltung durch eine die Natur des Rechts besser erkennende Gesetzgebung prohibirt und ausgeschlossen ist.

Es läßt sich also vom Individuum kein Pflock in den Rechtsboden schlagen und sich mittels desselben für selbstherrlich für alle Zeiten und gegen alle künftigen zwingenden oder prohibitiven Gesetze [1]) erklären. Denn nichts anderes als diese verlangte Selbstsouveränetät des Individuums liegt in der Forderung, daß ein erworbenes Recht auch für solche Zeiten fortdauern soll, wo prohibitive Gesetze seine Zulässigkeit ausschließen.

Ein zeitweilig bestehendes Gesetz stellt einen Rechtsinhalt als einen erlaubten hin. Das Individuum kann denselben erwerben, d. i. zu dem seinigen machen und fordern, daß dieser Rechtsinhalt für es bestehe, solange irgend die Gesetzgebung denselben als einen erlaubten und zu erwerbenden zuläßt. Aber was dem Einzelnen nicht zustehen kann, ist dies, das zeitweilig bestehende Gesetz zu dem für ewige Zeiten, trotz aller spätern ausschließenden Gesetze, für ihn bestehenden und ihn regierenden Gesetz zu proclamiren. Es heißt dies durch die Kraft der Logik gar nichts anderes, als: sich selbst zu seinem eigenen Gesetzgeber erklären, indem man durch eigene Machtvollkommenheit ein Gesetz über die Zeit seiner Dauer hinaus und in die Zeit der diesen Rechtsinhalt ausschließenden, prohibitiven Gesetze hinein als noch maßgebend und verbindlich continuiren will. Es braucht aber dieser Anspruch nur auf diese seine logische Natur zurückgeführt zu werden, um seine ganze Nichtigkeit, sein totales Verstoßen gegen den Rechtsbegriff selbst, und sein ebenso rechtswidriges als unsittliches Zerreißen des Zusammenhangs mit der alleinigen Substanz alles Rechts, dem allgemeinen Bewußtsein, bloßzulegen.

Es läßt sich also, sagen wir, ebenso wenig ein solcher Pflock in den Rechtsboden treiben, als sich ein Pflock in das Erdreich schlagen und verlangen läßt, daß dieser selbst dann noch an seiner Stelle bleibe, wenn sich das ganze Erdreich, in dem er haftet, in Bewegung setzt.

---

1) Wir bemerkten bereits (S. 194, Anm. 1), daß wir hierunter mit Savigny alle solche verstehen, welche kein Abweichen der Privatwillkür gestatten (vgl. oben S. 20 fg.).

Dies ist der wahre Sinn des oft gehörten Ausspruchs: es gibt kein Recht gegen das Recht. Es heißt dies nichts anderes, als daß jedes einzelne Recht der Umwandelung der Rechtssubstanz selbst folgt, aus der es hervorgegangen und in der es haftet.

So einfach und leicht zu lösen sind die über das Eingreifen späterer Prohibitivgesetze der verschiedensten Art [1]) so unaufhörlich erhobenen Schwierigkeiten, und so sehr diese Entwickelung nur auf den innersten Consequenzen des von unserer gesammten modernen Philosophie aufgestellten Rechtsbegriffs beruht [2]), ebenso sehr ist sie vermöge ihrer logischen Natur, wie wir später sehen werden, in den Entscheidungen der alten römischen Juristen stets thätig gewesen und zur Anerkennung gekommen.

Von dem Gesagten aus ergibt sich nun bereits zunächst mit einem Blicke die ganze Hohlheit und tiefe Rechtswidrigkeit des sinnverwirrenden interessirten Geschreis, welches die Berechtigten jederzeit anheben, wenn der öffentliche Geist in seiner Fortentwickelung dazu gelangt ist, den Fortbestand eines frühern Rechts, z. B. Leibeigenschaft, Hörigkeit, Robbotten, Bann- und Zwanggerechtigkeiten, Dienste und Abgaben bestimmter Natur, Jagdrecht, Grundsteuerfreiheit, fideicommissarische Erbfolge u. s. w. von jetzt ab auszuschließen.

Von einer Rückwirkung, von irgendwelcher Kränkung erworbener Rechte, kann, wie wir gesehen haben, in allen diesen Fällen gar nicht die Rede sein.

Machen wir hier einen kurzen vorläufigen Ruhepunkt und überblicken wir schon hier das Verhältniß unserer Theorie, wie sie sich bisher in consequentester Folge vom strengsten Begriff der individuellen Willensfreiheit ausgehend entwickelt hat, zu der von dem philosophischen Verklärer einer untergehenden Welt, Hrn. Stahl, aufgestellten Lehre, obgleich die letzte Begründung des im Anfang

---

1) Wir heben aber einstweilen hervor, daß, wie schon in unserer Ausdrucksweise deutlich genug liegt, wir hier immer nur von materiellen Prohibitivgesetzen reden, nicht also von solchen, die sich nur gegen die Form von Handlungen richten. Siehe im Verlauf dieses Paragraphen über die beiden Klassen von Prohibitivgesetzen.

2) Siehe z. B. Fichte, „Gesammte Werke", VII, 560: „Nun kann aber der Mensch nichts versprechen, er kann sich in nichts binden, was gegen seine Bestimmung ist. — Gründlich: es gibt nach mir gar keine geltenden Verträge, als die durch das Recht geforderten."

des gegenwärtigen Paragraph Gesagten und seine innerste Einheit mit dem in §. 1 aufgestellten Begriffe, aus welchem wir alles Weitere abgeleitet haben, in noch tieferer Weise und noch strengerer Systematik sich erst im weitern Verlauf dieses Paragraphen sowie des §. 10 (vgl. auch §. 13) ergeben wird.

Der moderne Neuplatoniker Hr. Stahl beginnt seine Lehre über die erworbenen Rechte (Philosophie des Rechts, dritte Auflage, Bd. 2, §. 15—18, S. 336—43) damit, daß er dieselben definirt als solche, die „bestimmte Handlungen oder bestimmte Vorgänge und Lagen voraussetzen“ (S. 336). Der Schutz der erworbenen Rechte wird dann darauf basirt, daß die Person „handelndes Subject“ ist und es „zum Wesen der Person gehört, für ihren Zustand wirksam und ihres Zustandes sicher zu sein“, daß also „der Rechtszustand eines Menschen nicht blos Resultat seines Begriffs als Persönlichkeit, sondern zum Theil auch sein eigenes Werk, Resultat seines Handelns und beziehendlich des Handelns der andern Personen sein müsse“, da, wenn dieser von der Person sich selbst constituirte Zustand nicht anerkannt würde, dem Menschen die „Selbstursächlichkeit“ entzogen wäre; weshalb der Zustand, wie ihn der Mensch „der bestehenden Ordnung gemäß (legal) begründet oder durch Ereignisse gewonnen hat“, ihm „unentziehbar als Erweiterung seiner selbst“ bleiben müsse. Er würde sonst „nicht wahrhaft als Person behandelt werden, sondern lediglich als Begriff oder Object, welchem gewisse Wirkungen nothwendig zukommen.“ Insoweit hier in dieser Betonung, daß die Person handelndes Subject und darum Selbstursächlichkeit ihres Zustandes sein müsse, der Begriff der individuellen Willensfreiheit thätig ist, so ist derselbe gerade erst bei uns (§. 1) zu seiner wahrhaften Anerkennung und begrifflichen Entwickelung gelangt, indem gezeigt wurde, daß jede Vernichtung oder Verletzung einer individuellen Willensaction als Denaturirung des Wissens und Wollens des Subjects den Begriff des subjectiven Geistes, seine Freiheit und Zurechnungsfähigkeit aufheben, den Geist zur Sache machen würde; daß also auch die Idee der erworbenen Rechte nur im Begriff des Menschen beruht und letzterer daher, wenn er in erworbenen Rechten geschützt wird, gleichfalls nur „lediglich als — ein bestimmter

Begriff, welchem gewisse Wirkungen nothwendig zukommen", behandelt wird. Hr. Stahl bemüht sich also ebenso vergeblich wie grundlos, gegen die Behandlung des Menschen nach seinem Begriffe zu polemisiren und irgend anderswo in der Luft ein Princip zu finden, auf welches der „Schutz" der erworbenen Rechte zu gründen sei. [1])

Nur insofern ist diese Polemik gegen den Begriff subjectiv allerdings berechtigt, als bei Hrn. Stahl von Anfang an in gräulichster Begriffsverwirrung die entschiedensten Gegensätze friedlich beieinander schlummern! Wenn nämlich Hr. Stahl schon in der zuerst angeführten Definition der erworbenen Rechte sie als solche bezeichnet, welche „bestimmte Handlungen oder bestimmte Vorgänge und Lagen voraussetzen", so wird von ihm gänzlich außer Acht gelassen, daß diese beiden Factoren, Handlungen einerseits und Vorgänge und Lagen andererseits, ja gerade in Bezug auf den Punkt, aus welchem der Schutz der erworbenen Rechte fließen soll, die strictesten Gegentheile sind. Denn wenn derselbe darauf basirt werden soll, daß die Person „Selbstursächlichkeit" ihres Zustandes, „handelndes Subject" sei, ihr Zustand „ihr Werk sein müsse", so kann dieses Moment ja schlechterdings nur für die eigenen individuellen Hand-

---

1) Hr. Stahl urgirt dies nochmals in der Anmerkung, wo er sagt: „Dieser Irrthum — der Nichtanerkennung erworbener Rechte — hängt auf das engste mit dem rationalistischen Princip zusammen: Anerkennung nur dessen, was logisch folgt, Ausschließung alles dessen, was Persönlichkeit, Freiheit, That zur Ursache hat", weshalb denn auch Hegel, wie seine Abhandlung über die würtembergischen Landstände, die englische Reformbill u. s. w. zeige, keinen Sinn für erworbene Rechte gehabt habe. Aber dieser Gegensatz, wie er hier aufgestellt wird, ist überhaupt gar kein Gegensatz! Was wahrhaft durch „Persönlichkeit, Freiheit, That" begründet wird, ist zugleich das, was logisch folgt, aus dem logischen Begriff des subjectiven Geistes folgt, wie wir dies gerade durch unsere gesammten, von dem Begriff der subjectiven Freiheit ausgehenden Ausführungen bereits bisher zur klarsten Evidenz gebracht haben und weiter bringen werden. Freilich hat bei Hrn. Stahl dieses Ankämpfen gegen den Begriff seinen tiefern Grund; denn wo von dem Begriff und der begrifflichen Freiheit des Subjects ausgegangen wird, da ist dann freilich der Sprung in die individuelle Willkür der germanischen Feudalwelt und das Festhalten ihrer versteinten Ordnung gegen den Fluß des historischen Begriffs nicht mehr möglich.

lungen des Individuums angerufen werden, aber nicht für das, was ihm durch objective Vorgänge und Lagen entstanden ist, weil solche ja eben nicht in der Selbsturſächlichkeit des handelnden Subjects ihren Grund haben und diese daher auch nicht durch die Entziehung eines durch sie nicht Entstandenen beeinträchtigt werden würde.

Wenn durch einen bloßen Vorgang oder eine Lage ein erworbenes Recht entstehen könnte, so müßten dann sogar auch lediglich durch die Handlungen dritter Personen, z. B. durch Schenkung vor der Acceptation oder durch erlittene Beschädigung — die ein bloßes willenloses Leiden darstellt — erworbene Rechte entstehen können, wie Hr. Stahl auch ausdrücklich betont, es müsse der Rechtszustand des Menschen zum Theil auch sein „eigenes Werk, Resultat seines Handelns und beziehendlich des Handelns der andern Personen sein." Ja, es müßten dann ganz ebenso gut auch die blos durch das Gesetz verliehenen Rechte erworben sein. Denn auch unter einem bestimmten Gesetze geboren sein, ist eine Lage, oder wenn ein Gesetz während meines Lebens erlassen wird, so ist dies ein Vorgang, durch den mir Rechte entstehen. Auch ist zwischen den Handlungen dritter Personen und denen des ganzen Volkes — dem Erlaß von Gesetzen — überhaupt dem Begriff nach für den hier in Rede stehenden Punkt gar kein Unterschied. Denn alle Individuen in ihrer Gesammtheit — das ganze Volk — sind für das einzelne Individuum gewiß um nichts mehr (sondern wegen der geistigen Gemeinsamkeit nur eher weniger) Andere gegen es, als die besondere andere Person.

Wenn daher eine Theorie wahrhaft, wie die gegenwärtige, von dem Begriff der individuellen Willensfreiheit ausgehen will, so muß sie vor allem die Handlungen dritter Personen und die Action der Gesetze, als gleich wenig der eigenen Willensaction des Individuums entflossen, dieser gegenüberstellen und als erworbenes Recht nur das bestimmen, was durch die eigene individuelle Willensaction erzeugt worden ist. Eine solche Theorie muß dann zeigen, wie wir dies in §. 2 A—E gethan haben, wie die aus dem Erbrecht, Quasicontract, negotiorum gestio, Klagverjährung und Usucapion entspringenden Rechte (vgl. §. 9 über den Besitz) nur scheinbar aus Hand-

lungen *dritter* Personen oder Vorgängen und Ereignissen entstehen, nach ihrer *begrifflichen* Natur sich aber in Wahrheit als durch die *eigene Willensaction* des berechtigten Individuums erzeugt darstellen. Nicht einmal das *Erbrecht* würde uns haben als ein erworbenes Recht gelten können — was freilich dann mit gutem Grunde dem gesunden Rechtsgefühl als bester Beweis für die Unwahrheit der Theorie gegolten haben würde —, wenn es nicht bei der tiefern begrifflichen Betrachtung seinen sinnlichen Schein abgestreift und sich als die eigene Willensaction des Individuums ergeben hätte (s. §. 2, A und Bd. 2). Selbst die durch dolus, Irrthum und Zwang dem Individuum entstehenden Rechte mußten sich erst in solche, die durch die *eigene innere* Willensaction hervorgebracht sind, auflösen, damit es nicht scheinen könne, daß *erworbene* Rechte dem Individuum durch Handlungen dritter Personen oder selbst durch *eigene Handlungen*, die aber dennoch nicht *Product seiner Willensfreiheit* sind (ungewollte Handlungen), entstehen können (§. 2, B).

Wenn die Auflösung dieser Institute eine *theoretische* Nothwendigkeit war, um überhaupt von dem Begriff der individuellen Willensfreiheit als dem Gesetz der Materie sprechen zu können, so zeigt sich dann die *praktische* Wichtigkeit dieses Gegensatzes darin, daß nur durch seine schärfste Festhaltung die Verwirrung vermieden wird, die realiter blos durch *Ereignisse* oder Handlungen dritter Personen *entstandenen* Rechte (s. z. B. §. 5 das Einspruchsrecht; die Unterschiede beim Widerruf von Schenkungsacten in §. 6; die Obligationen aus den Delicten, s. sub III Anwendungen Nr. III; die Unterschiede im Erbrecht) für *erworbene* zu nehmen. Ja, wie erst durch diesen *Gegensatz* klar wird, warum Ereignisse, Handlungen dritter Personen und *Gesetz* sämmtlich auf *derselben Linie* und der individuellen Willensaction *gegenüber* stehen, so wird auch hier erst klar, *warum* die nur durch das *Gesetz* verliehenen Rechte schlechterdings niemals erworbene sein können.

Indem Hr. Stahl aber von Anfang an die Begründung von Rechten durch individuelle Handlungen und durch Vorgänge, Lagen, Ereignisse und das Handeln anderer Personen ganz unbefangen als *identische* statt als entgegengesetzte nimmt und

gleichmäßig als erworbene behandelt, so entsteht zunächst als natürliche Folge, daß was zuerst von ihm als Grund für den Schutz der erworbenen Rechte ausgegeben wird — die Anerkennung der Person als handelndes Subject — auf das, was er sagt und behauptet, in keiner Weise paßt und nur die Rolle einer falschen Phrasenverbrämung spielt. Es liegt in dieser unbefangenen Behandlung stricter Gegensätze als identischer Begriffe, wenn sie unbewußt geschieht, ein für ein philosophisches Werk unerträglicher Mangel des einfachsten theoretischen Denkens, oder, wenn sie bewußt geschieht, eine widerwärtige Sophistik.

Aber wir zeigten bereits, daß die nothwendige Gedankenfolge dieser Gleichstellung von individuellen Handlungen und Vorgängen, Lagen und Handlungen Dritter diejenige sein müsse, auch die durch das Gesetz entstandenen Rechte — weil sie dem Individuum gegenüber mit jenen nur auf gleicher Linie stehen — zu erworbenen Rechten zu machen. Und in der That macht sich diese Consequenz sofort bei Hrn. Stahl geltend, und das bei ihm Folgende läßt keinen Zweifel darüber, daß dies sein wahrer Sinn sei. So sagt er bereits auf der folgenden Seite, wie der Mensch „seinen Rechtszustand der bestehenden Ordnung gemäß begründet oder durch Ereignisse gewonnen hat, so muß er ihm unentziehbar bleiben als Erweiterung seiner selbst". Zu den „Ereignissen", durch welche ein Rechtszustand „gewonnen" wird, gehört doch aber auch unbedingt der Erlaß eines Gesetzes, das mich durch seine bloße Action mit einem bestimmten Rechtszustande befaßt, und so rückt die Consequenz näher und näher, daß auch die nur durch das Gesetz selbst übertragenen Rechte feste, keinem Gesetzwechsel mehr zugängige Versteinerungen sein sollen. Und in der That heißt es noch auf derselben Seite: die Nichtanerkennung erworbener Rechte entziehe dem Menschen die Selbstursächlichkeit und Sicherheit für seine Rechtssphäre „— sie gewährt ihm nur, was in jedem Augenblick die Uebrigen für sein Recht ansehen, nicht was nach einer unzweideutigen gegenständlichen Ordnung sein Recht ist." Während also oben der phraseologische Anschein genommen wurde, vom „handelnden Subject" auszugehen, sind wir hier bereits bei der Heiligsprechung

der bestehenden „gegenständlichen Ordnung“ angelangt, die nun mit allen aus ihr fließenden Rechten das erworbene Recht der Person bilden soll!!

Und nun freilich kann es nicht mehr wunder nehmen, wenn wir sofort auf der nächsten Seite hören (S. 338): „Auch politische Stellungen werden auf diesem Wege als Rechte erworben“, wobei an die englische Pairie erinnert wird.

Da „politische Stellungen“ immer nur allgemeine von dem Gesetz selbst übertragene Qualitäten sind — Stahl selbst bezeichnet hierbei die Pairie als die individuelle geschichtliche Gestaltung einer im Wesen des Staats begründeten organischen Stellung —, so tritt also hier auf das stärkste heraus, daß selbst die blos durch das Gesetz verliehenen Rechte, mit denen das Individuum nur von der Gesellschaft befaßt wird (s. §. 1), nach Hrn. Stahl erworbene Rechte bilden, wobei sich nun freilich die Phrasen vom „handelnden Subject“ in ihr strictes Gegentheil getrieben haben.

Da Hr. Stahl nicht von dem wahrhaften Begriffe des subjectiven Geistes ausgeht, so kann er natürlich noch viel weniger zu der in dem gegenwärtigen Paragraphen entwickelten Folgerung von dem rechtmäßigen Einwirken prohibitiver Gesetze auf Rechte, die wirklich durch individuelle Willensaction erworben worden sind, gelangen, eine Folgerung, die sich, wie bereits im Eingang dieses Paragraphen gezeigt worden ist und im Verlauf desselben, sowie in den §§. 10 und 13 noch näher zum Vorschein kommen wird, schlechterdings nur aus dem philosophischen Begriffe des subjectiven Geistes und dem daraus herfließenden Verhältniß des freien individuellen Willens zu seiner eigenen Substanz, dem allgemeinen Geiste, ergibt.

Für Hrn. Stahl ist also die berühmte Nacht vom 4. Aug. 1789, auf welche wir bald näher zu sprechen kommen werden, der „Zugführer“ des europäischen Unrechts, die „Bartholomäusnacht des Eigenthums“ (S. 341). Nach ihm müssen (S. 338), „auch wenn der Rechtszustand nicht vollkommen, ja nicht angemessen war, nach welchem diese zufälligen politischen Berechtigungen und Ungleichheiten entstehen konnten“, die Berechtigungen,

die „einmal rechtmäßig entstanden sind" [1]), kraft des Rechts der Person (!!) geachtet und geschützt werden.

„Dies gilt — fährt Hr. Stahl fort — namentlich auch von den sogenannten feudalen Rechten. Auf ihre Angemessenheit für die damalige oder die jetzige Zeit kommt nichts an. Darüber mag man streiten und dürfte das Urtheil wol ja für die verschiedenen Rechte verschieden ausfallen. Ihre Rechtmäßigkeit für damals unterliegt keinem Zweifel und danach stehen sie allen andern erworbenen Rechten gleich. Keine Zeit ist berufen, Gericht zu halten über die Vergangenheit und die aus derselben stammenden Rechte je nach ihrem Urtheil über die Angemessenheit anzuerkennen oder zu vernichten." Daß keine Zeit berufen ist, Gericht zu halten über die Vergangenheit, ist sehr richtig, und sowol im Verlauf dieses Paragraphen wie des §. 10 wird hiermit Ernst gemacht und nachgewiesen werden, welche begrifflichen und juristischen Unterschiede hieraus entspringen und wie die Vergangenheit immer von ihrem Rechte beherrscht bleiben muß. Aber die Folgerung, die Hr. Stahl daraus ziehen will, folgt sicher nicht daraus. Denn gerade die Autonomie, die Hr. Stahl hier jeder Zeit zuspricht, bringt nothwendig hervor, daß keine Zeit unter der Herrschaft der andern stehen und also auch nicht rechtlich verpflichtet sein kann, in ihr selbst noch fortwirken zu lassen, was ihrem Rechtsbewußtsein widerspricht, und von ihr also von jetzt ab als ein Dasein des Unrechts, statt des Rechts, angeschaut würde. Stände eine Gegenwart unter einem solchen Herrschaftsrecht der Vergangenheit, so wäre es ja eben nicht wahr, daß jede Zeit autonom sei, und könnte erst im Princip zugegeben werden, daß eine Zeit unter der rechtlichen Herrschaft einer andern stehen kann, so würde der Gedanke, das Verhältniß umzukehren und lieber die Vergangenheit unter die rechtliche Herrschaft der stärkern und entwickeltern Gegenwart zu setzen und rückwirkend widerrechtlich zu durchwühlen, also die nach dem heutigen Rechtsbewußtsein unzulässigen und widerrechtlichen Handlungen als auch schon für die

1) Was wiederum sehr genau auf alle blos legalen Berechtigungen paßt. Denn die „rechtmäßige Entstehung" derselben für den Einzelnen, dem sie durch das Gesetz attribuirt werden, läßt sich doch gewiß nicht in Abrede stellen.

Vergangenheit unzulässige und wirkungslose, als von Haus aus widerrechtliche, zu bestimmen, damit nur auf derselben begrifflichen und juristischen Linie stehen, sodaß also die „Communisten", gegen welche Hr. Stahl S. 338 polemisirt, gar keinen Grund hätten, die Consequenzen seiner Lehre von sich zu weisen!

Hr. Stahl muß also bei seiner Auffassung der erworbenen Rechte jeden einmal bestehenden Rechtszustand als erworbenes Recht hinstellen und heilig sprechen, und er thut dies auch, wie wir gesehen haben.

Aber nicht nur die ernste Hingabe an die moderne Philosophie hat ihre unvermeidlichen Folgen, sondern keiner kann auch nur buhlen mit ihr, ohne Schaden an seiner Seele zu nehmen. Und Hr. Stahl hat viel zu viel mit ihr gebuhlt, um nicht diese Folge tragen zu müssen.

Statt also bei der Kanonisirung jedes einmal gewordenen Rechtszustandes stehen zu bleiben, statt sich zu der Haller'schen Theorie der isolirten Selbstherrlichkeit des Individuums (s. oben S. 197) zu bekennen, die jedes einmal entstandene Recht als unangreifbar für alle Ewigkeit hinstellt und die in der That den wahren Gedanken des Stahl'schen Standpunkts bildet, verwirft Hr. Stahl dieselbe ausdrücklich (S. 343), indem er sie für „eine äußerste und factisch gar nicht ausführbare Uebertreibung" erklärt, und stellt statt derselben in §. 16 (S. 339) nun folgende Einschränkung auf: „Eine Grenze jedoch hat die Geltung der erworbenen Rechte gleich aller menschlichen Freiheit und That in dem, was die Idee des Gemeinzustandes und der Rechtsordnung, oder die naturgemäße Fortbildung derselben mit unabweisbarer Nothwendigkeit fordert oder ausschließt."

Plötzlich also, trotzdem wir eben hörten, daß es für die Fortgeltung früher entstandener Rechte durchaus nicht auf die Angemessenheit derselben für das Rechtsbewußtsein der Gegenwart ankomme, soll doch wieder eine Grenze für diese Fortgeltung existiren, und es wird, wie es scheint, das feste Princip einer solchen Grenze angegeben. Sehen wir, in welche unendliche theoretische Verwirrung und in welche vollständigste Verschwommenheit und Haltlosigkeit sich diese scheinbar feste Grenze auflöst.

Zunächst muß im rein philosophischen Interesse gegen die Verwirrung Verwahrung eingelegt werden, als ob die „menschliche Freiheit" eine Grenze habe, und als ob aus dieser Grenze der Freiheit die Grenze für die Geltung erworbener Rechte hervorfließe. Der Freiheitsbegriff hat keine Grenze, da alles, was aus ihm folgt, gilt, und, was misverständlich als seine Grenze erscheinen könnte, vielmehr nur sein eigenes positives Setzen und Bestimmen ist. Es kann auch für den Freiheitsbegriff um so weniger eine Grenze aus der Idee des Gemeinzustandes hervorfließen, als er mit dieser vielmehr identisch und der Gemeinzustand nur die Realisirung des Freiheitsbegriffs ist. Nicht also die Freiheit, sondern, was scharf zu unterscheiden ist, die individuelle Willkür hat ihre Grenze, eine Grenze, die gerade durch das positive und substantielle Wesen der menschlichen Freiheit an ihr gesetzt wird, und aus diesem positiven Wesen der Freiheit, nicht aus ihrer Grenze, fließt die Grenze der unbeschränkten Dauer erworbener Rechte hervor. Wir werden nämlich noch im Verlauf dieses Paragraphen sehen, worauf hier nur hinverwiesen werden kann, daß, wenn absolute, verbietende Gesetze erlassen werden, diese immer nur darauf beruhen, daß ein früher als veräußerlich gedachter Theil der menschlichen Freiheit (Privatwillkür auch von den Juristen genannt) jetzt als unveräußerliche Freiheit des Menschen angesehen wird, weshalb er nun durch keine Transaction mehr in das Eigenthum eines Dritten gebracht werden oder darin verbleiben kann. Die hierdurch bewirkte Aufhebung der von mir erworbenen Rechte an solchen unveräußerlichen Freiheitsbefugnissen eines andern Individuums beruht also auf einer positiven Vermehrung und Erweiterung des menschlichen Freiheitsbegriffs, und begrenzt nur zu Gunsten desselben die Befugniß der Privatwillkür, das noch länger als ein Veräußerliches zu behandeln, was sich jetzt durch eine höhere Entwickelung des Rechtsbewußtseins nicht mehr als in die Sphäre der Privatwillkür und ihres Schaltens fallend, sondern als ein unveräußerlicher Ausfluß des menschlichen Freiheitsbegriffs gezeigt hat.

Allein um von den höhern Anforderungen der Theorie abzusehen, muß jener angeblichen Grenzbestimmung des Hrn. Stahl

ein Einwurf gemacht werden, der in philosophischer, wie juristischer, wie praktischer Hinsicht gleichmäßig ein capitaler ist. Die Grenze für die Geltung erworbener Rechte soll nach Hrn. Stahl liegen „in dem, was die Idee des Gemeinzustandes und der Rechtsordnung oder die naturgemäße Fortbildung derselben mit unabweisbarer Nothwendigkeit fordert oder ausschließt".

Allein hiermit ist ja die Frage nach der Grenze auch nicht im geringsten beantwortet, denn nun entsteht ja die ganze Frage wieder in der Gestalt: Wo liegt unabweisbare Nothwendigkeit für den Gemeinzustand vor? Was ist nothwendig? Jeder Mensch und jede Partei, die bisher die Aufhebung erworbener Rechte forderte, hat noch immer behauptet, daß dies nothwendig sei. Solange uns Hr. Stahl also nicht einen wissenschaftlichen Maßstab liefert, um zu beurtheilen was nothwendig sei, hat er uns überhaupt gar nichts gesagt, sondern die Frage mit der Frage beantwortet. Denn es bleibt nun für jedes zu erlassende Gesetz die Verlegenheit, Hrn. Stahl erst als seinen Königlichen Rathgeber herbeirufen zu müssen. Und da dies nicht immer ausführbar sein wird, so wird nichts übrig bleiben, als die Nothwendigkeit, im Sinne des praktischen Bedürfnisses und nach der subjectiven Ansicht der Urtheilenden zu entscheiden. Die Rechtsphilosophie fällt also plötzlich von ihrem hohen wissenschaftlichen Kothurn in die vulgärste Kategorie des gewöhnlichen Bedürfnisses und seines schwankenden praktischen Dafürhaltens herunter.

Man misverstehe uns nicht. Wir verlangen natürlich nicht von Hrn. Stahl, daß er inhaltlich angebe, was alles in jeder künftigen Zeit nothwendig sein wird. Dies wäre weder möglich, noch seine Aufgabe. Aber das verlangen wir ganz positiv von ihm, daß er das formelle Kriterium der Beurtheilung angebe, wo und wo nicht Nothwendigkeit vorliege.

Wer dieses Gesetz nicht zu entwickeln vermag, hat eben nur tautologisch gesprochen und muß keine Rechtsphilosophie schreiben. Denn diese hat eben wissenschaftlich darzulegen, wo und wann Aufhebung bestehender Rechte nothwendig ist, und zwar hat sie ferner diese Nothwendigkeit und das allgemeine begriffliche Kriterium derselben aus der Rechtsidee selbst abzuleiten. Und erst hierdurch wird die bis dahin blos thatsächliche

und dem Rechte entgegenstehende Nothwendigkeit zu einer Rechts-kategorie erhoben.

Wir selbst haben bisher in diesem Paragraphen bereits entwickelt, wie vermöge der rechtlichen Natur des individuellen Willens die Aufhebung des bestehenden Rechts beim Erlaß prohibitiver Gesetze nicht als eine entgegenstehende factische Nothwendigkeit das Recht bricht, sondern als eine geistige und vorherbestimmte Nothwendigkeit in Recht und Willen hineingeschrieben ist. Gleichwol aber heben wir selbst hervor, daß auch wir bisher noch nicht das begriffliche Gesetz entwickelt haben, nach welchem Kriterium zu jeder Zeit die Nothwendigkeit und Rechtmäßigkeit des Erlasses solcher Gesetze zu erkennen und zu beurtheilen sei. Aber noch der gegenwärtige Paragraph wird diese Entwickelung enthalten, und zwar wird sie sich von selbst vollbringen durch die tiefere Betrachtung der prohibitiven Gesetze und des in ihnen stattfindenden Unterschiedes.

Hr. Stahl aber, dessen Lehre sich jetzt, von den Phrasen entblößt, ihrer Substanz nach getreu in die Worte zusammenfassen läßt: es ist nothwendig, daß erworbene Rechte bestehen, wenn es nicht nothwendig [1]) ist, sie für das Gesammtwohl aufzuheben — ein Satz, wie ihn das gewöhnlichste praktische juristische Handbuch Scheu tragen würde, niederzuschreiben —, hat in dieser leeren

1) Nothwendig ist, was nicht anders sein kann. Indem Hr. Stahl also sagt: „Die erworbenen Rechte können für das Gesammtwohl nur dann aufgehoben werden, wenn dies «unabweislich nothwendig» ist", bricht er in den geistvollen Satz aus: „sie können aufgehoben werden, wenn sie nicht anders können als aufgehoben werden" — womit freilich die Untersuchung ganz eminent gefördert ist! Und ferner auch abgesehen von dieser tautologischen Leerheit, und wenn auch inhaltlich ganz bestimmt angegeben wäre, was alles heut und jemals nothwendig sein wird, sagen wir: Nothwendigkeit ist an und für sich keine Rechtskategorie, sondern wie Wirkung und Ursache u. s. w. eine logische Kategorie, resp. Bezeichnung eines bestimmten Zusammenhangs thatsächlicher Verhältnisse. Die Frage ist also weiter die: wie und wo geht ein bestimmter Zusammenhang thatsächlicher Verhältnisse (resp. eine Kategorie des reinen logischen Gedankens) dazu über, in dem Begriff der subjectiven Geistes- und Willensfreiheit, ohne diesen zu verletzen und vielmehr als aus ihm selbst herfließend, eine Rolle zu spielen? Erst hiermit wird die Nothwendigkeit zur Rechtskategorie, d. h. zur rechtlichen Nothwendigkeit. Der Tod ist auch eine Nothwendigkeit, aber keine des Rechtssystems.

Tautologie auf jede wissenschaftliche Bestimmung seines Gegenstandes verzichtet. Auch ändert sich dies gar nicht dadurch, daß auf das Gesammtwohl — „die Idee des Gemeinzustandes“ — Bezug genommen wird. Denn es ist überhaupt noch niemanden eingefallen, anders als im Namen des Gesammtwohls die Aufhebung bestehender Rechte zu fordern, und die Frage ist ja eben die, wo und wenn im Namen des Gesammtwohls eine solche Aufhebung rechtmäßig gefordert werden könne, eine Rechtmäßigkeit, die Hr. Stahl lediglich von ihrer Nothwendigkeit abhängen läßt, ohne diese letztere bisher irgendwie zu bestimmen. Selbstredend ist dadurch wieder, so wenig dies in der Absicht des Hrn. Stahl gelegen sein möchte, durch die natürliche Unfähigkeit so unbestimmter Vorstellungen eine Grenze anzugeben, jeder noch so jakobinischen Ausschweifung Thür und Thor geöffnet, denn was könnte nicht alles für eine „unabweisbare Nothwendigkeit“ für die „Idee des Gemeinzustandes und der Rechtsordnung oder die naturgemäße Fortbildung derselben“ ausgegeben werden?!

Hr. Stahl fühlt aber selbst, daß er gar nichts gesagt hat, solange er nicht bestimmt hat, wo Nothwendigkeit vorliege und wo nicht, und er entschließt sich also später, letztere näher zu definiren. Er wirft nämlich (S. 341) der „neuern Bildung“ vor, daß sie von der „unleugbaren Zulässigkeit,“ die Aufhebung von erworbenen Rechten „durch das Gemeinwohl (salus publica, salut public)“ zu rechtfertigen, eine falsche Anwendung mache. Denn unter der salus publica, sagt Hr. Stahl, verstehe jene Bildung nicht „die öffentliche Nothwendigkeit, d. h. das unabweisbare Erforderniß für gesunden gedeihlichen Fortbestand und organische Entwickelung, sondern den bloßen Nutzen *(lucrum)*“.

Endlich haben wir eine Definition! Darin also soll für Hrn. Stahl das unterscheidende Kriterium der Nothwendigkeit liegen, daß sie für jenen Fortbestand, für die Erhaltung, nicht für das *lucrum* erforderlich sei. Durch diese Unterscheidung von lucrum — welches Wort Hr. Stahl selbst in Parenthese beifügt — und Fortbestand, wird also hier eine Anwendung von dem Unterschiede gemacht, der bekanntlich bei den privatrechtlichen Ansprüchen der Personen untereinander zwischen lucrum und Ver-

meidung von damnum stattfindet. Allein zunächst, in welchem Sinne spricht Hr. Stahl von einer „öffentlichen Nothwendigkeit"? Meint er eine Nothwendigkeit für das geistige Rechtsbewußtsein der Gesellschaft? Im Rechtsbewußtsein, als einer geistigen untheilbaren Potenz, kann es den quantitativen Unterschied von lucrum und vermiedenem damnum gar nicht geben. Wenn das Rechtsbewußtsein des Geistes sich verwirklicht, wenn ihm das Bestehende entspricht, so ist dies für es lucrum, und wenn das Bestehende dem Rechtsbewußtsein widerspricht, dieses also negirt, so ist dies für es damnum und der Gefrierpunkt zwischen beiden nicht zu finden.

Aber Hr. Stahl spricht auch gar nicht, wenn man dies auch in einer Rechtsphilosophie erwarten sollte, von einer geistigen Nothwendigkeit für das öffentliche Rechtsbewußtsein, und kann dies auch gar nicht, da wir schon früher von ihm gehört haben, daß es auf die „Angemessenheit" eines frühern Rechtszustandes für das zeitige Rechtsbewußtsein gar nicht ankommen könne. Er spricht vielmehr, wie seine Erläuterung dieser Nothwendigkeit, als eines Erfordernisses „für gesunden gedeihlichen Fortbestand", und auch das darauf weiter Folgende zeigt, von den Erfordernissen des materiellen, ökonomischen „Wohlbestandes". Allein wenn freilich bei den Privatansprüchen der Einzelnen nichts bestimmter sich unterscheidet, als die Erhaltung eines bestehenden Vermögensstandes oder die Vermeidung von Schaden von der Erzielung von lucrum, weil jedes Privatvermögen und jedes durch eine bestimmte Operation, wie z. B. negotiorum gestio, für dasselbe entstandene Resultat bestimmt festgestellt werden kann, so ist doch nichts unmöglicher, als diese Unterscheidung zwischen Erhaltung und Vermehrung oder ein lucrum auf nationale Verhältnisse anzuwenden. Denn schon die Grenze zwischen beiden ist hier schlechthin unbestimmbar, und weder der materielle noch geistige Besitzstand einer Nation und noch weniger das Resultat einer bestimmten Maßregel läßt sich in der Weise constatiren, daß anzugeben wäre, ob eine nützliche Maßregel, wenn sie unterlassen worden wäre, nicht sogar Schaden zur Folge gehabt hätte, und ob eine Maßregel, die für die Erhaltung des nationalen Wohlbestandes angerufen wird, nicht vielmehr blos lucrum zur Wirkung hat und der nationale Besitzstand auf seinem

gegenwärtigen Niveau auch ohne sie geblieben wäre. Was also für eine Nation nothwendig sei, blos um zu erhalten, ohne zu bereichern, und was blos lucros nothwendig sei, ohne daß seine Unterlassung eine Verminderung des Bestandes zur Folge haben würde, läßt sich gar nicht abgrenzen. Aber die Grenze läßt sich nicht nur nicht praktisch bestimmen, sie existirt auch gar nicht! Und sie kann nicht existiren, weil zum Begriffe eines Volkes, zum Unterschiede vom Privatindividuum, die Entwickelung gehört, also die Vermehrung oder das *lucrum*, wenn schon einmal diese Kategorie hier analogisch angewendet werden soll.

Ein Volk, das sich nicht entwickelt, also nicht lucrirt, geistig wie materiell, bleibt nicht stehen auf seinem gegenwärtigen Bestande, sondern schreitet zurück, wie heutzutage schon jedes Kind weiß. Für ein Volk ist also lucriren schon erforderlich, damit nur gesunder Fortbestand da sei. Und im Grunde weiß das Hr. Stahl auch und verlangt ebendeshalb nicht nur „gesunden", sondern auch „gedeihlichen Fortbestand" und „organische Entwickelung" und (S. 339) „naturgemäße Fortbildung", und indem alle diese Ausdrücke: Entwickelung, Fortbildung, Gedeihen, mit dem Begriff des Lucrirens in der materiellen Sphäre identisch sind, verlangt er, indem er einen „gedeihlichen Fortbestand" verlangt, selbst einen lucrosen Fortbestand, und erklärt also alle solche Aufhebungen bestehender Rechte für eine „öffentliche Nothwendigkeit", welche zur Erzielung eines lucrosen Fortbestandes des Volkswohls erforderlich sind. D. h. es ist eben nur ein ganz sinnloses und sich mit jedem Wort aufhebendes leeres Gerede, das, wenn man Ernst mit ihm machte, vielmehr gerade nur zu dem durchaus unzulässigen und rechtswidrigen Resultate führen würde, um des bloßen Nutzens willen erworbene Rechte aufheben zu dürfen.

Hr. Stahl entwickelt nun aus dieser seiner angeblichen Grenze (S. 339) drei Folgerungen. Erstens, daß die Sklavenhändler sich vergeblich auf ihr jus quaesitum berufen, weil erworbene Rechte nicht als unantastbar gelten können, soweit sie das Recht der Persönlichkeit Anderer aufheben — wobei man freilich nicht erfährt, warum das z. B. nicht ebenso auch von den feudalen Rechten gelten soll, die gleichfalls in so vielen Abstufun-

gen das Recht der Persönlichkeit Anderer aufhoben. Nach dieser abgezwungenen Concession athmet Hr. Stahl wieder frei auf und ponirt als zweite Folge: „2) In der ausgebildeten Staatsverfassung, in welcher jedem Gliede seine organische Stelle für das Ganze angewiesen ist, kann für die Zukunft im Wesentlichen kein Erwerb neuer politischer Rechte, keine Ungleichheit durch blos zufällige Handlungen der einzelnen Betheiligten platzgreifen." Hr. Stahl druckt die Worte „für die Zukunft" breit, um zu betonen, daß dies wieder ohne Einfluß auf die schon bestehenden Rechte dieser Art bleiben müsse, legt aber gerade dadurch nur die höchste theoretische Gedankenlosigkeit an den Tag. Denn es wird sich später zeigen, daß der Rechtsidee zufolge niemals ein Rechtsinhalt für die Zukunft von der individuellen Erwerbung ausgeschlossen werden kann, so lange derselbe in den Fällen früherer Entstehung noch als gültiger anerkannt wird, resp. daß ein solches Gesetz nur ein unlogisches und widerrechtliches, die individuelle Willensfreiheit verletzendes Verbieten darstellen würde. Es kann hierüber, wie gesagt, nur auf das später Folgende verwiesen werden. Einstweilen mag nur bemerkt werden, daß schon der Jurist Savigny dem angeblichen Rechtsphilosophen hier sieben mal theoretisch überlegen ist. Denn in Savigny's Formel, daß Gesetze über das Dasein der Rechte auf die frühern Erwerbungen rückwirken müssen, liegt bereits, daß ein Rechtsinhalt, der in der Zukunft nicht mehr entstehen kann, auch aus der Vergangenheit her nicht mehr fortbestehen dürfe, und daß ersteres gerade das Kriterium für die Entscheidung über das letztere ist. Wenn aber Hr. Stahl wiederholt bei seinen Ausführungen seine Bewunderung vor der „römischen Ehrfurcht" vor den erworbenen Rechten ausspricht, so mag ihm die beruhigende Versicherung ertheilt werden, daß in diesem ganzen Paragraphen nichts gesagt ist, was nicht am Schluß desselben in der strengsten Weise als römische Pandektentheorie nachgewiesen werden wird.

Drittens concludirt Hr. Stahl: In der „großen weltgeschichtlichen Fortbildung des ganzen öffentlichen Zustandes müssen die erworbenen Rechte einzelner Menschen oder Klassen zuletzt weichen". Aber sie haben „zu weichen als Recht und in Anerkennung desselben", d. h. „wo das überhaupt möglich, ge-

gen Entschädigung". Dieser sehr vulgäre Irrthum wird ohnehin bald zur gründlichen Untersuchung gelangen, weshalb hier darauf hinzudeuten genügt. Hr. Stahl schließt: „Auch ist die gewaltsame Abstoßung erworbener Rechte nach politischen Rücksichten nicht eine fortwährende und regelmäßige Function des Staatsorganismus, sondern blos das Werk besonderer Zeitepochen, und hat daher mehr eine weltgeschichtliche als eine juristische Rechtfertigung."

Es ist wieder jener unvermeidliche jakobinische Hauch, den jeder der modernen Philosophie Nahende auch wider Willen von ihr empfängt, der Hrn. Stahl hier hinreißt, der „Weltgeschichte" die welthistorische Absolution für die „gewaltsame Abstoßung erworbener Rechte nach politischen Rücksichten" zu ertheilen. Freilich war diese welthistorische Absolution für Hrn. Stahl um so bequemer, als er nun damit einer rechtswissenschaftlichen Theorie darüber überhoben war, eine Aufgabe, von der Hr. Stahl selbst fühlen mochte, daß er sie in keiner Weise gelöst hat und vor der er sich daher mit dieser welthistorischen Verbeugung vorbeistiehlt. Allein damit ist ja gerade principiell auf die wissenschaftliche Aufgabe der Rechtsphilosophie verzichtet, und das alte leere Gerede von dem Gegensatz von Recht und Weltgeschichte bleibt nicht nur wieder in voller Blüte, sondern der Geschichte wird nun auch noch ein besonderes Recht zu gewaltthätigem Unrecht eingeräumt, wovon dann die von Hrn. Stahl so hart angegriffenen „Communisten" und „Liberalen", sich gewiß gern mit der „welthistorischen Rechtfertigung" begnügend, Act ergreifen mögen. Wir unsererseits bedürfen eines solchen besondern welthistorischen Rechts, eines Rechts auf Unrecht, keineswegs. Wir statuiren auch der Geschichte ein Recht auf eine widerrechtliche Abstoßung erworbener Rechte nach „politischen Rücksichten" keineswegs, sind aber freilich dieser Verkleidung der Gedankenunfähigkeit die rechtliche Bewegung der Geschichte theoretisch zu begreifen, auch nicht benöthigt. Wir halten es vielmehr gerade für die unbedingte Aufgabe der Rechtsphilosophie, die wissenschaftliche Theorie aus der reinen Rechtsidee selbst abzuleiten. Wir bedürfen hierbei auch keines Unterschiedes zwischen politischem Recht und Privatrecht, und können hierin keinen solchen statuiren, denn beide sollen doch eben

Recht bleiben und die politische Entwickelung oder die Bewegung des öffentlichen Rechts ist eben gar nichts anderes als die Entwickelung der Rechtsidee selbst. Und in der That werden wir sehen, wie das, was in jenen „welthistorischen" Epochen, wie die französische Revolution und andere, in Bezug auf die Aufhebung erworbener Rechte wahrhaft vor sich ging, nur auf derselben „fortwährenden und regelmäßigen Function des Staatsorganismus", nur auf derselben beständig thätigen Entwickelung der Rechtsidee beruht, welche in stillerer, aber principiell ganz gleichstehender Weise in der ununterbrochenen Rechtsbildung des reinen Privatrechts, in Gesetzen über Wucher, Alimente, Zeugenbeweis u. s. w. u. s. w. und alle Materien jeder Art stets stattfindet.

Wir kehren jetzt zu unserer positiven Aufgabe zurück, bei der wir uns die Kurzweil dieses Excurses nur gegönnt haben, um gelegentlich einen Beweis zu liefern, durch welches inhalts- und gedankenlose, sich selbst vernichtende Gerede man sich heutzutage in dem Vaterlande Hegel's die Reputation eines Denkers erwirbt!

Wenden wir uns also zunächst zu einigen positiven Beispielen solcher Gesetze, zunächst zu solchen, die am engsten mit dem öffentlichen Recht zusammenhängen, die aber deshalb um nichts mehr und aus gar keinem andern Grunde auf bestehende Rechte einwirken dürfen, als aus dem für absolute Gesetze überhaupt entwickelten Sachverhältniß.

So waren also die Decrete der berühmten Nacht vom 4. Aug. 1789, durch welche die französische constituirende Versammlung alle aus der Feudalherrschaft herfließenden Rechte aufhob, von jeder Rechtsverletzung und Rückwirkung frei. Denn wenn selbst erworben, waren diese Rechte von Anfang an nur auf so lange gültig erworben, bis eine andere und ausschließende Gestalt, zu der das öffentliche Bewußtsein in seinem Entwickelungsproceß herangereift sein würde, das Dasein derselben für rechtlich-unmöglich anschauen, bis sie in ihnen ein Dasein des Unrechts statt eines Daseins der Rechtssubstanz erkennen würde.

Glücklicherweise kommt den Menschen, lange ehe eine Theorie sich zu der Gestalt sich selbst verstehender Klarheit vergeistigt, das Richtige unmittelbar zum Bewußtsein durch jene instinctive Ope-

ration des Begriffs, die wir nun schon zu so widerholten malen in unserer Ausführung klar nachgewiesen zu haben hoffen.

So konnten diese Gesetze erlassen, so konnten sie vertheidigt werden, ehe eine wahrhafte Theorie da war, die sie rechtfertigte!

Aber die nur instinctive Thätigkeit des Begriffs hat zu ihren nothwendigen Folgen die nur stück- und stoßweise Form, in der er sich zum Bewußtsein bringt, die Inconsequenz, den eigenen Widerspruch, die Rückfälle, die Schwankungen, den Mangel an Beweiskraft und daher einerseits die Misgriffe, andererseits den unablässig von neuem auftauchenden Widerstand, mit welchem ihm auf jedem Schritte seiner praktischen Verwirklichung entgegengetreten wird, ein Widerstand, der erst machtlos werden kann, wenn eine wahrhafte, sich selbst durchsichtige Theorie die Schwierigkeiten gelöst hat, an denen sich bis dahin der dunkle Drang des Richtigen gestoßen.

Es tritt dies recht deutlich an den Tag, wenn wir zunächst einen Blick werfen auf die Weise, in der Merlin die Decrete der Augustnacht vertheidigt.

„C'est ainsi", sagt er (Répert. de Jurisprud. v° Eff. rétroactif, Sect. 2, V, 534), „que l'assemblée constituante, toute ennemie qu'elle s'est montrée constamment de toute espèce de rétroactivité, n'a pas craint, dans la célèbre nuit du 4 août 1789, de détruire la servitude personnelle, le main-morte et la féodalité. Et certes une loi nouvelle *ne rétroagit pas réellement*, lorsqu'en faisant revivre une loi écrite dans *le code éternel et imprescriptible de la nature*, elle efface par sa toute-puissance, les actes qui, *pendant le sommeil de celle-ci*, ont portée atteinte aux droits les plus sacrés de l'homme."

Aber der „ewige und unverjährbare Code der Natur", der „Schlummer der Rechte", die hier den Gesetzen präexistent sind und durch diese verletzt werden — alles dies sind Ausdrücke, denen zwar wiederum in dunkler Weise richtige Ahnungen zu Grunde liegen; aber diese in weitester Unbestimmtheit alles und nichts in sich schließenden Worte, zu denen sogar dieser sonst so scharfe juristische Denker greifen muß, um sein instinctives Gefühl des Richtigen zu vertheidigen, sind keine wissenschaftlichen

juristischen Gründe und müssen, statt zu beweisen, Gefahr laufen, bloße Declamationen genannt zu werden, mit denen sich in der That, solange sie nicht zu präcisen begrifflichen Gesetzen herausgerungen werden, alles, auch das Unrechtmäßigste, rechtfertigen ließe.

Aber nicht nur die Beweiskraft für Andere mangelt diesem unbestimmten Gefühle, sondern Merlin selbst geht, gerade weil er zu weit geht, deshalb nothwendig nicht weit genug. Er fährt unmittelbar hinter jenen Worten fort:

„Quelquefois aussi des considérations politiques peuvent déterminer le législateur *à rétroagir* dans des matières de pur droit privé. C'est ainsi que, par la loi du 14 novembre 1792 la convention nationale a aboli les *substitutions fidéicommissaires*, qui avaient été créés précédemment et n'étaient pas encore ouvertes."

Von diesem Gesetze gibt also Merlin zu, daß es wirklich zurückgewirkt habe.

Und bald darauf (S. 538), auf eine Bestimmung dieses Gesetzes näher eingehend, sagt er:

„C'est même sur le principe consacré par ces arrêts que se sont fondés ceux qui, après le 18 brumaire an 8, ont provoqué par des petitions au tribunat et au gouvernement le rapport de l'art 2 de la loi du 14 novémbre 1792 qui, pour abolir les substitutions antérieures non encore ouvertes, avait rendu sans effet les conditions encore pendantes sous lesquelles les substitués déjà nés ou conçus étaient appelés par des testamens dont les auteurs étaient alors décédés. — Et ce n'est pas en contestant ce principe, *ce n'est pas en niant la rétroactivité,* qu'on leur a répondu. On leur a seulement dit que la raison civile devait céder à la raison politique; que l'intérêt général de l'état, qui doit toujours prédominer dans l'esprit du législateur, devait faire taire tous les intérêts particuliers; et qu'au surplus la loi du 14 novémbre 1792 n'avait fait, en rétroagissant sur les substitutions antérieures pour les abroger entièrement, que ce qu'avait fait précédemment l'ordonnance de Moulins de 1566, pour réduire à quatre

degrés les substitutions perpétuelles, qui avaient été fondéés avant l'ordonnance d'Orléans de 1560."

Es stünde schlimm um dieses Gesetz, wenn wirklich zuzugeben wäre, daß es ein rückwirkendes gewesen sei. Denn der Gesetzgeber kann, wie wir (§. 1) gesehen haben, aus politischen Gründen ganz ebenso wenig wie aus irgendwelchen andern ein rückwirkendes Gesetz erlassen, ohne damit die individuelle Freiheit und Zurechnungsfähigkeit, und somit den Begriff des Rechts bis in seine Wurzel aufzuheben. Aber es kann, wie gezeigt, von Rückwirkung bei jenem Gesetze in der Hinsicht, wie Merlin dies meint [1]) — nämlich weil das Gesetz den Fortbestand der fideicommissarischen Substitutionen abolirt —, auch gar nicht die Rede sein! Das Gesetz that nichts anderes, als daß es im Art. 1 alle Substitutionen für prohibirt erklärte, und freilich mußte nun in strenger Folgerichtigkeit hiervon auch das Fortwirken der frühern Substitutionsordnung von jetzt ab untersagt und hierdurch die Fideicommisse von jetzt ab in freies Eigenthum in der Hand ihrer gegenwärtigen gebundenen Eigenthümer verwandelt sein.

Und indem in das fideicommissarische Instrument von vornherein durch die nothwendige Natur alles Rechts die Bestimmung hineinzudenken ist, daß die angeordnete Substitution nur unter der Voraussetzung Dasein haben solle, daß die Gesetze sie erlauben und auf so lange, als sie sie erlauben, jede andere auch ausdrücklich entgegengesetzte Bestimmung aber dieselbe Ungültigkeit haben würde, wie eine gegen verbietende Gesetze angehende, so kann sowenig im Namen des verstorbenen Testators als des bereits concipirten oder geborenen Anwärters, der seinen Anwartschaftsanspruch auf eventuelles Einrücken nach der Primogenitur- oder sonstigen Successionsordnung bei der Geburt wieder nur unter der unvermeidlichen Bedingung erwirbt, daß nicht vor dem Anfall des Fideicommisses prohibitive Gesetze dazwischentreten, auch

---

1) In welcher andern, von Merlin nicht gemeinten Hinsicht dasselbe aber wirklich rückwirkend war, und zwar gerade dadurch, daß es nicht weit genug ging, werden wir in den Anwendungen sub II, B. bei der Specialuntersuchung der Fideicommißmaterie nachweisen.

nur der Schatten eines Vorwurfs von Rückwirkung und Verletzung der individuellen Willensfreiheit wegen der abrogirten Fortdauer der Substitutionsordnung auf jenes Gesetz fallen. Die individuelle Willensfreiheit ist vielmehr damit nun in gar keine andern Schranken gewiesen, als in die rechtlichen Schranken überhaupt, an die sie durch die Gesetze unter allen Gesetzgebungen jederzeit gebunden erscheint.

Werfen wir hierbei einen Blick auf Savigny.

Wir werden später genauer sehen, wie nahe Savigny's Theorie in Bezug auf die uns in diesem Paragraphen beschäftigende Frage an das Richtige anstreift — und wie sie sich dennoch wieder die wirkliche Erfassung desselben völlig und grundsätzlich unmöglich macht! Von selbst erhellt jedoch, wie die Savigny'sche Formel, daß nur Gesetze über den Erwerb von Rechten nicht rückwirken, Gesetze aber über das Dasein von Rechten rückwirken sollen, in ihrem Resultate mit dem praktischen Ergebniß unserer Entwickelung bei vielen Gesetzen dieser Art übereinstimmen muß. Aber abgesehen davon, daß Savigny dies mit Unrecht als eine Rückwirkung, wenn auch als eine nach ihm zulässige qualificirt, stellen sich zunächst zwei Punkte als Folgen der Mangelhaftigkeit seiner Theorie heraus. Die erste dieser Folgen ist die schwankende Weise, in der sich Savigny gerade über ein neues Gesetz der letzterwähnten Art — Aufhebung von Fideicommissen — äußert. Er sagt hierüber (VIII, 537): „— Wenn daher gegen die Gesetze, wodurch Rechtsinstitute aufgehoben oder umgebildet werden, wegen des Eingriffs in erworbene Rechte ein unbedingter Widerspruch erhoben werden soll, so ist dieser Widerspruch wenigstens wegen der beschränkten Natur des Trägers erworbener Rechte nach zwei Seiten hin in enge Grenzen zu verweisen.

„Dem neuen Gesetze könnte höchstens seine rechtmäßige Einwirkung bestritten werden, solange der Träger eines erworbenen Rechts lebt. Hinterläßt er Erben, so haben diese zur Zeit der Erscheinung des neuen Gesetzes kein verletzbares erworbenes Recht. Mit andern Worten: alles Erbrecht ist rein positives, und wenn dasselbe durch ein neues Gesetz an gewisse Bedingungen und Schranken geknüpft wird, so kann darin niemals ein Eingriff in erworbene Rechte gefunden werden. Wir wollen die-

ses auf den oben als Beispiel gewählten Fall anwenden. Wenn das neue Gesetz, welches die Sklaverei beseitigen wollte, die Bestimmung gäbe, daß in Zukunft kein Erbe durch Erbfolge das Eigenthum von Sklaven erwerben könnte, so läge darin gewiß nicht die Verletzung eines erworbenen Rechts. — Diese Betrachtung gründete sich auf das nahe Ende jedes menschlichen Lebens. Eben dahin führt aber die Erwägung des Anfangs. Jeder Mensch muß den Rechtszustand anerkennen, den er bei seiner Geburt bestimmt findet. Wenn also vor seiner Geburt ein Rechtsinstitut durch neues Gesetz aufgehoben oder umgebildet wird, so kann wenigstens ihm nicht ein erworbenes Recht dadurch verletzt sein." Und als Anmerkung hierzu bemerkt Savigny: „Ein Gesetz, welches die Lehen oder Fideicommisse aufhebt, verletzt daher gewiß nicht die Rechte derjenigen, die erst später erzeugt werden."

Aus dem hervorgehobenen „höchstens" und „gewiß nicht" in der angeführten Stelle fühlt sich wol deutlich genug heraus, daß Savigny in dem Nochnichterzeugtsein der fideicommissarischen Anwärter nur einen Umstand sieht, der a fortiori das Gesetz gegen den Vorwurf einer Rechtswidrigkeit schützt, daß er aber, auf die Consequenz gedrängt, im Grunde auch wenn Anwärter bereits geboren sind, in einem ihr Anwartschaftsrecht auf Einrücken in das Fideicommiß nach der Primogeniturordnung aufhebenden Gesetz keine Rechtswidrigkeit erblicken würde, und mindestens wäre dies die consequente und richtige Folge von seiner Formel, daß Gesetze über das Sein oder Nichtsein von Rechten rückwirken sollen. — Immerhin bleibt diese schwankende Weise ein irreführender Uebelstand, der auf keinem irgend haltbaren juristischen Grunde beruht. Nach der von uns entwickelten Theorie erweist es sich vielmehr in Bezug auf den Fortbestand der fideicommissarischen Primogeniturordnung als schlechterdings gleichgültig, ob bereits Anwärter geboren sind oder nicht, da, so erworben ihre Anrechte sein mögen, sie immer doch mit der einen Bedingung erworben werden, nicht auf Prohibitivgesetze zu stoßen, da sich contra leges nichts erwerben und ebenso wenig Erworbenes festhalten läßt, wie z. B. Sklaven, Leibeigene oder irgendwelche andere Objecte oder Befugnisse, welche bisher zum Eigenthum gehörten und von welchen ein neues Gesetz erklärt, daß sie nicht mehr

eigenthümlich besessen werden können. Und dies muß um so unzweifelhafter und um so mehr ohne alle Schwierigkeit von dem bereits lebenden Fideicommißanwärter gelten, als, wie unsere Entwickelung schon gezeigt hat und wie später am Zinsvertrage, an der lex commissoria und selbst durch noch entscheidendere Fälle bis zur letzten Evidenz erwiesen werden wird, nicht einmal durch Vertrag ein gegen prohibitive Gesetze fortbestehendes Recht erworben werden kann, dem Geboren- oder Erzeugtwerden des Fideicommißanwärters aber doch allerhöchstens die Wirkung einer vertragsmäßigen Erwerbung zugeschrieben werden könnte. [1])

---

1) Welches ist der Grund, weshalb man fideicommissarische Anwärter in Bezug auf die durch die fideicommissarische Substitutionsordnung ihnen verliehenen Rechte nicht einfach wie Testamentserben behandelt, bei welchen letztern man nicht zweifelhaft darüber ist, daß, solange der Erbanfall nicht eingetreten, Gesetze über den Inhalt des Testaments und über die Fähigkeit des Honorirten stets sofort platzgreifen? Der Grund ist der, daß das Testament bei Lebzeiten des Testators nur einen stets revocabeln Willen darstellt, der daher — ebenso wie das Intestaterbfolgegesetz für den Intestaterben — solange eine bloße Erwartung und kein erworbenes Recht gewährt, solange er nicht unwiderruflich geworden, was also erst mit dem Tode des Testators der Fall ist. Bei Erbverträgen und Fideicommissen dagegen liegt eine unwiderrufliche Bestimmung vor, die ebendeshalb ein erworbenes Recht gewährt. Dieser Unterschied ist in der That der einzige, der in der hier betrachteten Hinsicht zwischen beiden Fällen stattfindet, und die aus ihm gezogene Folgerung ist auch an sich eine ganz richtige. Wie wenig aber diese Unwiderruflichkeit der Substitutionsordnung gegen Prohibitivgesetze zu bestehen vermag, soll noch durch einen Fall bestätigt werden, der nach dem Vorausgeschickten juristisch ganz auf gleicher Linie mit den Fideicommissen steht. Vor der französischen Revolution galt in vielen Provinzen, z. B. in den Statuten von Hainaut, Brabant, Lüttich, im Gebiet von Wissemburg im Elsaß, und auch im Herzogthum Berg, das sog. Devolutionsrecht. Hiernach hatten die Kinder ersten Bettes, deren Vater sich wieder verheirathet hatte, das Recht, in seinem Nachlaß alle Güter vor der Theilung vorabzunehmen, in deren Besitz sich der Vater beim Tode ihrer Mutter befunden hatte. Infolge desselben Devolutionsrechts war es aber dem Vater auch schon vom Tode der Frau ab untersagt, diese Güter zum Nachtheil jener Kinder zu veräußern oder zu verhypotheciren. Hierin zeigt sich auf das unleugbarste, daß die Devolution ein unwiderrufliches Recht der Kinder erster Ehe hervorbrachte, ganz wie das fideicommissarische Instrument für den geborenen Anwärter. Durch Gesetz vom 8./15. April 1791 wurden alle statutarischen

Wenn sich Savigny in Bezug auf den erörterten Punkt nur unbestimmt und schwankend ausdrückt, so verfällt er dagegen in

---

Bestimmungen aufgehoben, welche bei der Theilung der Nachlassenschaft desselben Vaters oder derselben Mutter Unterschiede zwischen den Kindern aus verschiedenem Bett begründeten. Es entstand nun die Frage, ob, wenn zwar die Mutter unter altem Recht gestorben, die Güter also bereits den Kindern erster Ehe durch Devolution anerfallen waren, der Vater aber erst nach dem Gesetz vom 8. April 1791 gestorben war, die Kinder zweiten Bettes von der Theilung derselben ausgeschlossen sein sollten? Der Nationalconvent entschied diese Frage durch das motivirte Tagesordnungsdecret vom 18. Vendem. II mit Recht zu Gunsten der Kinder zweiter Ehe, weil die Wirkungen des Gesetzes vom 8. April 1791 „doivent avoir lieu sur les biens meubles et immeubles qui à l'époque de sa publication, étaient frappés de dévolution dans la main de l'époux survivant avec enfants". Als später im Jahre IV die rückwirkenden Bestimmungen der frühern Gesetze zurückgenommen wurden und deshalb auch hierauf zurückzukommen versucht wurde, erklärte der Cassationshof von Paris durch Urth. v. 8. Messidor und 10. Nivôse XIII, daß jenes Decret keine Rückwirkung in sich enthielte. Zu einer lebhaften Controverse hat dieselbe Frage vor dem rhein. Appellationsgerichtshofe zu Köln und dem rhein. Revisions- und Cassationshofe zu Berlin Anlaß gegeben. Durch sieben Urtheile (v. 30. Juni u. 3. Juli 1823, 29. April u. 19. Juni 1824, 11. Febr. 1825, 9. April 1829 und 16. Juli 1830) erklärte sich der rhein. Appellationsgerichtshof zu Köln — in Fällen, in welchen der Tod des Vaters nach Einführung des Code Napoléon eingetreten war — für die Aufrechthaltung des Devolutionsrechts der Kinder erster Ehe. Der rhein. Revisions- und Cassationshof zu Berlin dagegen entschied durch seine Urtheile vom 15. Febr. 1826 (Rhein. Arch., 8, 2. 45), vom 28. Febr. 1832 (Rhein. Arch., 16, 2. 9) und vom 11. Dec. 1843 (Rhein. Arch., 37, 2. 3), unter Cassation jener Urtheile des kölner Appellhofs, daß die Kinder zweiter Ehe zur Theilung zuzulassen seien. Diese Entscheidung ist richtig. Sieht man aber auf die vom Revisionshof angegebenen Gründe, so ist die Unhaltbarkeit derselben einleuchtend. Der Revisionshof sagt, die Güter devolvirten erst dann an die Kinder erster Ehe, wenn nach einer von dem Ueberlebenden ihrer Aeltern eingegangenen zweiten Ehe die in der ersten Ehe erzeugten Kinder jenen Ueberlebenden überlebten. Es könne daher erst beim Absterben des in Rede stehenden Ehegatten beurtheilt werden, ob eine Vinculation stattfinde, und folglich erlangten die Kinder erster Ehe erst durch dieses Absterben auch des zweiten Ehegatten ein erworbenes Recht. Ebenso nennt der pariser Cassationshof die Devolution „une simple expectative". Allein ganz abgesehen davon, daß sich einzelne Coutumen ausdrücken, wie z. B. die von Laleu, Art. 28: „dans le cas d'entravestissement de sang, la propriété de tous les héritages sujets audit échevinage et appartenage et appartenans aux époux au décès du premier mourant, sera dévolue *et appartiendra* aux enfants, issus

anderer Hinsicht infolge seiner Theorie in einen ebenso entschiedenen als wichtigen Irrthum, der gleich hier näher zu betrachten ist.

---

du mariage et au dernier vivant d'iceux, pour, après le trépas du survivant, être *l'usufruit réuni à la propriété*" (ebenso die Coutume von Lüttich, Kap. 11, Art. 15), was freilich nicht die Regel ist, so ist doch jedenfalls nicht zu bestreiten, daß die Vinculation sofort vom Tode des ersten Ehegatten an vorhanden war, da von diesem Augenblick an der Ueberlebende die Güter nicht mehr veräußern noch beschweren kann und er auch von diesem Augenblick ab als „propriétaire *bridé*" qualificirt wurde (siehe Stockmans de jure Devolutionis, Kap. 5, Nr. 1; Kap. 6, Nr. 4). Sohet, in seinen Instit. de droit pour le pays de Liége, I, 271 fg., vergleicht das Devolutionsrecht der Kinder sehr richtig à un *fidéicommiss conditionnel* qui s'évanouit s'ils meurent avant le parent. Die Ansicht des Revisionshofes stützt sich darauf, daß, wenn der Vater die Güter veräußert, diese Veräußerung gleichwol nicht schlechthin nichtig ist, sondern gültig wird, wenn die Kinder vor ihm — ohne Rücklassung von Kindern — sterben. Allein hieraus kann man durchaus nicht schließen, daß erst die Zeit des Todes zeige, ob Vinculation vorhanden war. Diese war jedenfalls vorhanden und die ungültige Veräußerung convalescirt nur nachträglich, wenn die Kinder kinderlos vor dem Vater sterben. Wenn der römische Ehemann Dotalgrundstücke veräußert, so ist dies eine durchaus nichtige Handlung. Allein wenn ihm späterhin die ganze Dos zufällt, so convalescirt die Veräußerung von selbst und es braucht auch nicht einmal Wiederholung der frühern Tradition einzutreten (L. 42 de usurp., 41, 3). Deshalb wird niemand behaupten wollen, daß die Vinculation der Dos erst bei Auflösung der Ehe beurtheilt werden könne, und ebenso wenig bezweifeln, daß die Unveräußerlichkeit der Dos ein erworbenes Recht der Frau bilde. Sogar wenn ein Nichteigenthümer eine Sache veräußert und später das Eigenthum an ihr erwirbt, convalescirt dadurch die Veräußerung ohne eine Tradition von selbst (L. eadem., L. 4, §. 32, de doli exc., 44, 4). Ebenso wird die ungültige Veräußerung der lucra propter nuptias nachträglich gültig, wenn sämmtliche Kinder erster Ehe vor dem Vater sterben (Nov. 22, c. 26).

Es ist also nicht wahr, was der berliner Revisions- und Cassationshof sagt, daß sich erst zur Zeit des Todes beurtheilen lasse, ob Vinculation vorhanden gewesen sei. Diese war jedenfalls vorhanden gewesen, ein Gewesensein, welches auf Grund späterer Gesetze oder Facta leugnen zu wollen, die Blüte einer in Verlegenheit gesetzten Sophistik ist. Es ist ebenso nicht wahr, was der pariser Cassationshof sagt, daß das Recht der Kinder eine „bloße Erwartung" bildet. Es bildet vielmehr ein in jure irrevocables Recht, welches nur unter bestimmten factischen Bedingungen fortfallen soll, ein Recht, das daher mindestens ganz so erworben und unwiderruflich ist wie das eines bedingten Vertrags, in welchem das Recht sogar erst von dem Eintreten bestimmter factischer Ereignisse abhängig gemacht wird. Aber das Devolutionsrecht begründet nicht (außer

Er stellt nämlich (a. a. O., S. 538 fg.) die Forderung auf, daß bei der Aufhebung solcher Rechtsinstitute, die sich auf fortwährende Rechtsverhältnisse beziehen, eine „wahre, vollständige Entschädigung des Berechtigten" geleistet werde. „Jeder wahre politische oder volkswirthschaftliche Zweck", sagt er, „wird durch die Ablösung mit Entschädigung vollständig erreicht, ohne Bereicherung des einen Theils auf Kosten des andern, die durch die Natur solcher Gesetze auf keine Weise zu rechtfertigen ist."

Auf diese allgemeine Behauptung muß zunächst erwidert werden, daß es gar keinen größern Irrthum gibt, als diese Annahme eines angeblichen Rechts auf Entschädigung in den gedachten Fällen.

Dies ergibt sich mit unvermeidlicher logischer Nothwendigkeit aus der von uns entwickelten Theorie. Das Recht konnte selbst durch Vertrag von Haus aus von dem Individuum mit Gültigkeit nur stipulirt werden bis zu dem Tage, wo das allgemeine Dasein eines solchen Rechts auf ein es negirendes und für unmöglich erklärendes Bewußtsein des öffentlichen Geistes stoßen würde. Das Recht hat gegolten, solange es gelten konnte und sollte. Jener Tag des Verhängnisses, der Tag der von Haus aus dem Acte vorherbestimmten Nothwendigkeit, ist nun eingetreten — und alles ist gesagt!

Die Grenze, bis zu welcher das Recht gelten sollte und konnte, ist erreicht, und es ist daher hier logisch und juristisch weder Raum noch Grund denkbar für eine Entschädigung. —

---

in jener Ausnahme-Coutume von Laleu u. s. w., wo allerdings auch anders entschieden werden müßte) einen actuellen Uebergang des Eigenthums der Güter vom Vater auf die Kinder, sondern ein erworbenes Recht auf Erbschaft für die letztern (wie im ältern deutschen Rechte das Recht der nächsten Erben ein solches war). Der prohibitive Geist des neuen französischen Rechtsbewußtseins war aber eben der: Erworbenes Recht auf Succession soll überhaupt nicht sein, sondern diese nur vom Gesetz verliehen werden können (weswegen z. B. auch die Erbverträge aufgehoben und im Art. 1389 des Code civil den Ehegatten verboten wurde, in den Ehepakten abweichende Bestimmungen über die legale Succession der Kinder zu treffen), in specie: Vorzugsrecht in der Succession zwischen den Kindern desselben Vaters oder derselben Mutter solle nicht sein können, — und darum also wich von jetzt ab auch das erworbene Recht auf Erbschaft als ein nur bis dahin erworbenes.

Es gibt hier nichts zu entschädigen. Denn es ist hier dem Einzelnen nichts genommen worden, was, wie bei der Expropriation, noch ferner als ein rechtmäßiges Eigenthum anerkannt würde. Ein Recht der Entschädigung dennoch annehmen, da, wo der Inhalt des aufgehobenen Rechts vom öffentlichen Bewußtsein bereits prohibirt, d. i. als widerrechtlich bestimmt ist, hieße vermöge der Kraft der Logik gar nichts geringeres, als Klassen oder Individuen das Recht zusprechen: dem öffentlichen Geiste einen Tribut für seine Fortentwickelung aufzuerlegen, hieße also nicht anderes, als ein tributpflichtiges Hörigkeits- oder Abhängigkeitsverhältniß des öffentlichen Geistes von jenen berechtigten Klassen oder Individuen annehmen. —

So unzerbrechlich und genügend diese streng logische Folgerung ist, so würde doch das Gesagte zu ebenso großen Irrthümern Anlaß geben können wie die Worte Savigny's nach der entgegengesetzten Seite hin, wenn nicht noch ein hierbei in Betracht kommender Unterschied dargelegt würde, der freilich nie außer Augen verloren werden darf.

Es ist hier also der Ort, die Theorie der Entschädigung bei der Aufhebung bestehender Rechte durch Prohibitivgesetze im Oeffentlichen wie im Privatrecht zu entwickeln, welche die bisherige Unklarheit hierüber beseitigen und sich als die immanente Folge oder vielmehr nur als eine nähere identische Anwendung desselben Begriffs herausstellen wird, durch den sich uns auch die Aufhebung der bestehenden Rechte selbst, bei einer negativen Gestaltung des allgemeinen Bewußtseins, als nothwendiger Ausfluß der Rechtsidee ergeben hat.

Man muß nämlich genau darauf achten, was durch den neuen geistigen Inhalt des Bewußtseins wirklich prohibirt und ausgeschlossen wird: ob das Rechtsverhältniß selbst oder nur ein bestimmter Modus seiner Ausübung.

Dies bedarf einer schärfern Entwickelung.

Ein Recht qualificirt sich juristisch nicht blos durch den Eigenthumsinhalt oder die Forderung, auf die es einen Anspruch gewährt, sondern ebenso auch durch die Beschaffenheit des Rechtstitels selbst, aus welchem der Anspruch fließt. Erst beides zusammen qualificirt das wirkliche bestimmte Recht. Ich kann dieselbe Summe Geldes, dasselbe Quantum Naturalien, dieselben

Dienstleistungen zu fordern haben. Aber es fragt sich, ob ich sie auf einen Kauf- oder Nutznießer, oder emphyteutischen Titel u. s. w., auf einen Titel contractlicher oder gesetzlicher Nutznießung, auf einen dinglichen oder obligatorischen, auf einen lästigen oder unentgeltlichen Titel u. s. w. zu fordern habe. Die juristische Bestimmtheit des wirklichen Rechts tritt also erst durch die Hinzunahme des Rechtsgrundes zu dem Inhalt und Object des Rechts hervor.

Ist nun die negative Wendung des neuen Bewußtseins die totale, daß nach ihm einerseits ein bestimmtes dingliches oder obligatorisches Recht von seiner Forterxistenz ausgeschlossen ist und andererseits zugleich aus diesem Rechtsgrunde (z. B. aus herrenschaftlichen Rechten) überhaupt keinerlei Recht auf den Gegenstand des bisherigen Rechts mehr entstehen können soll, — so tritt die oben entwickelte Folge ein, und von Entschädigung kann nicht die Rede sein.

Geht aber die Prohibition des neuen Bewußtseins nur so weit, daß aus diesem Rechtsgrunde allerdings noch Rechte, und zwar auch Rechte auf das bisherige Rechtsobject (resp. auf ein Rechtsobject derselben Art [1]) entstehen können sollen, nur nicht die bestimmte bisher gewählte Art der Rechtsbefriedi-

1) So wird z. B. bei der Expropriation eines Terrains zum Zweck öffentlicher Bauten zwar das bestimmte bisherige Rechtsobject selbst publicirt, aber nur das einzelne zufällige Exemplar, nicht die Art dieses Rechtsobjects. Grundstücke können noch weiter erworben werden und im Privateigenthum sein. Ebendeshalb muß Entschädigung gezahlt werden. Aber selbst hier ist die Entschädigung bloßer Schein und löst sich, ganz in Gemäßheit des im Text sofort weiter Gesagten, auf in eine Umwandelung des Eigenthums an dem Grundstück aus seiner prohibirten in seine noch unprohibirte Form. Das Eigenthum an jeder Sache umfaßt (vgl. hierüber oben Note 1 zu S. 104) zweierlei: 1) das Eigenthum an ihrer singulären Existenz (Nutzbarkeit), 2) das Eigenthum an ihrem allgemeinen Tauschwerth. Das Grundstück, das zum Zweck öffentlicher Bauten expropriirt wird, ist seiner singulären Existenz nach publicirt; insoweit ist das Privateigenthum daran aufgehoben, und hierfür wird auch keine Entschädigung gezahlt; denn das pretium *merae affectionis* wird von den Expropriationsgesetzen nicht gegeben. Sachen derselben Art und Gattung (Grundstücke) können aber noch Privateigenthum sein. Die Art ist das Allgemeine der individuellen Sache. Da also das Allgemeine derselben noch nicht publicirt ist, Privateigenthum daran noch ferner anerkannt wird, so muß dem Einzelnen das in dem speciellen Grundstück für

gung wegen besonderer Schädlichkeit oder Unstatthaftigkeit derselben (z. B. keine dinglichen Rechte mehr, wol aber obligatorische u. s. w.), — so muß nun allerdings eine Umwandelung eintreten. Diese kann und wird oft die Form einer Entschädigung haben. Aber dies ist nur ihre täuschende Außenseite. In der That ist sie nur eine Umwandelung, d. h. eine Ueberleitung des noch als wirksam anerkannten Rechtsinhaltes aus der prohibirten Art seiner Befriedigung in seine unprohibirte. Diese Umwandelung muß eintreten und zwar aus dem sehr einfachen Grunde, weil ja nicht mehr aufgehoben werden darf, als durch die Anschauung des neuen Rechtsbewußtseins wirklich prohibirt ist. Wenn also im öffentlichen Bewußtsein noch nicht prohibirt ist, daß aus diesem bestimmten Rechtsgrunde Ansprüche überhaupt, und zwar Ansprüche an dies bestimmte Object des Rechtsverhältnisses, hervorgehen, so muß, indem die Prohibition nicht weiter geführt werden darf, als sie eben reicht, die Ueberleitung aus der jetzt unerlaubt gewordenen in eine noch erlaubte Form jenes noch als wirksam angeschauten Rechtsinhaltes vor sich gehen. Von einer Entschädigung als solcher ist dabei, auch wenn sie in Geld gezahlt wird, in Wahrheit gar nicht die Rede. Es wird blos nicht mehr unterdrückt, als eben durch den jetzigen Stand des öffentlichen Geistes unterdrückt werden soll, und somit tritt logisch von selbst, blos durch die Nichtprohibition, die in dieser Hinsicht vorliegt, der erlaubte Modus der Befriedigung an Stelle des prohibirten, Abgabe vom Reinertrag an Stelle der Abgabe vom Rohertrag, Geldabgabe an Stelle der Naturalabgabe u. s. w.

Es ist zunächst erforderlich, das Gesagte durch concrete Beispiele zu größerer Anschaulichkeit zu bringen.

Die constituirende Versammlung, welche im Jahre 1789 in Frankreich zusammentrat, fand in dem bis dahin herrschenden Feudalsystem und den Lasten, Diensten und Abgaben aller Art, durch welche es die Freiheit der Personen und des Eigenthums fesselte, zwei große und principiell verschiedene Gattungen dieser

---

ihn vorhandene Eigenthum an dem allgemeinen Charakter der Sache auch gelassen, d. h. der allgemeine Tauschwerth entrichtet werden, was somit gleichfalls nur eine Ueberleitung des prohibirten Eigenthums in die noch unprohibirte Form desselben darstellt.

Rechte vor. Die einen dieser Lasten, Dienste, Abgaben, Verpflichtungen und Beschränkungen aller Art waren hervorgegangen aus der herrenschaftlichen Gewalt, welche früher den adeligen Grundeigenthümern, religiösen Orden und Stiftungen der leibeigenen und hörigen Bevölkerung gegenüber zugekommen war, und wurzelten somit ursprünglich im reinen Personenrecht. Die andern waren auch ursprünglich gegen eine Verleihung von Grund und Boden, also auf lästigen Titel, von den Grundherren erworben worden.

Was nun die Rechte der ersten Gattung anbetraf, so war die neue Anschauung des Bewußtseins eben die, daß persönliche Oberherrlichkeit, und rechtlicher Unterschied der Person überhaupt, nicht mehr sein solle, daß aus dem Personenunterschied kein Recht mehr hervorfließen solle. — Indem daher die Prohibition des Geistes sich eben sowol abolirend gegen das Fortbestehen dieses bestimmten Rechtsinhalts als gegen den Rechtsgrund dieser Verhältnisse überhaupt wandte und diesen als nicht mehr rechtlich wirksam anschaute, mußte die Prohibition die totale sein. Da dieser Rechtsgrund selbst keinerlei Wirkung mehr haben können, keinerlei Recht mehr aus ihm entstehen können sollte, so konnte das Recht auch nicht blos die Form wechseln und ein Recht an Stelle des andern treten.

Hier war daher auch für eine Entschädigung gar keine logische Möglichkeit vorhanden. Denn durch jede solche wäre gerade als rechtlich fortwirkend gesetzt und anerkannt worden, was aus dem tiefsten Innern des öffentlichen Geistes heraus als Unrecht und als absolut wirkungslos bestimmt war.

Ganz anders verhielt es sich mit der zweiten Klasse von Rechten, die ursprünglich gegen eine Verleihung von Grund und Boden, also auf lästigen Titel[1]), stipulirt worden waren.

---

1) Unter lästigem Titel können niemals verstanden werden diejenigen Lasten, welche vom Berechtigten schon deshalb übernommen werden müssen, um die bloße Fortdauer des ihm eingeräumten Genusses zu sichern. Diese bilden kein Aequivalent für die Einräumung des Rechts, sondern blos eine nothwendige Last der Erhaltung desselben. Es heißt daher in dieser Hinsicht äußerst richtig im Art. 24, Tit. 2 des Gesetzes v. 15. März 1790: „Sont exceptées de la suppression ci-dessus et seront rachetables: .... 2) les banalités qui seront prouvées avoir été établies par une convention souscrite par une communauté d'habitants et son seigneur, et par

Daß aus solchem Rechtsgrunde Rechte stipulirt werden konnten, sowol irgendein Antheil an dem Ertrag des Grundstücks, als auch Rechte auf Dienstleistungen der Personen, denen dafür Werthe abgetreten worden waren, daß also Rechte aus solchem Rechtsgrunde hervorgehen und zwar auf dieselben Rechtsobjecte hervorgehen konnten — dies war durch das neue Bewußtsein nicht prohibirt. Vielmehr durften fortwährend von neuem auf entgeltlichen Titel Reallasten und obligatorische Rechte auf menschliche Handlungen geschaffen werden. Nur der bestimmte Modus der vorgefundenen Rechte, nur die gewählte Art der Rechtsbefriedigung jener an sich noch immer zulässigen Rechte, war aus verschiedenen Gründen durch das neue Rechtsbewußtsein des Volkes prohibirt. So boten z. B. die Zehenten den großen Uebelstand dar, daß sie als eine Abgabe vom Rohertrage die Amelioration des Bodens hinderten u. s. w.

Alle diese Realabgaben und ebenso die für Grundverleihungen auferlegten persönlichen Dienste (corvées réelles) waren insoweit durch den Inhalt des gegenwärtigen Geistes prohibirt, daß sie in aeternum eine bestimmte und auf ewig für unablösbar erklärte Art von gewissen Naturalabgaben oder Dienstleistungen auferlegten. Sie beschränkten so die freie Benutzung des Grundeigenthums und brachten, indem sie zu einer stationären Bebauung desselben zwangen, eine künstliche Verminderung des Bodenertrags und eine Verarmung des Volkes hervor.

Sie verletzten ebenso den jetzt zum Bewußtsein gekommenen nicht weniger imperativen Grundsatz, die persönliche Freiheit des Menschen nicht auf ewig zu einer bestimmten Art von Handlun-

---

laquelle le seigneur aura fait à la communauté *quelque avantage de plus que* de s'obliger à tenir perpétuellement en état les moulins, fours ou autres objets banaux."

Ebenso kann ein Titel, der vielleicht ursprünglich lästig war, zu einem nicht mehr lästigen werden, indem die Last desselben in darin stipulirten fortwährenden Gegenleistungen und Diensten bestand, welche durch die geänderte Natur der Verhältnisse unthunlich oder unzulässig geworden sind (wie z. B. die mittelalterlichen Ritterdienste der adelichen Grundherren in Preußen oder der von ihnen den bäuerlichen Hofinsassen zugesicherte Schutz u. s. w.). Er ist dann von da ab nothwendig zu einem nicht lästigen Titel geworden und als solcher zu behandeln.

gen verpflichten und ihn der Freiheit berauben zu können, sich durch eine Restitution des Werthäquivalents (Ablösung) der übernommenen Verpflichtung zu bestimmten Diensten oder auch zur Verzinsung fremder Werthe zu entziehen. [1])

Was somit jetzt wirklich durch den Fortschritt des Geistes prohibirt war, war hier nicht das Recht selbst, sondern überhaupt blos seine Unablösbarkeit, war nicht die Substanz des Rechts, sondern nur der bestimmte Modus der Befriedigung desselben, der in jenen Verträgen gewählt worden war.

Indem nun also natürlich nicht mehr aufgehoben werden konnte, als durch den Inhalt des Bewußtseins geboten war, mußte und konnte nur die Unablösbarkeit solcher Rechte, nicht diese selbst, aufgehoben werden. Dies gab somit von selbst ihre Ablöslichkeit, die somit nur scheinbar als eine Entschädigung für ein Prohibirtes, in der That aber nur der logisch-nothwendige Fortbestand des noch nicht Prohibirten war.

Hätte man hier weiter gehen und jene Rechte, weil sie als unablösbare auf ewige Zeiten constituirt waren, aus dem Grunde einfach unterdrücken wollen, weil das neue Bewußtsein solche Rechte nicht mehr anerkenne, so wäre hier allerdings Rückwirkung eingetreten. Denn wenn das Individuum sich im voraus unterwirft und unterwerfen muß dem Erlöschen seines Rechts von dem Zeitpunkt an, wo das öffentliche Bewußtsein — dieser einzige wahrhafte Rechtsboden — einen bestimmten Rechtsinhalt als substantiell nichtig anschauen wird, so unterwirft sich das Individuum deshalb doch nicht der materiellen Abolition seines Rechts für den Fall, wo nicht die Substanz, sondern nur eine bestimmte Befriedigungsart desselben vor den Augen des neuen Gesetzgebers nichtig ist und übergehen muß, also z. B. Unablöslichkeit in Ablöslichkeit oder Naturalabgabe in Geldabgabe u. s. w. Wenn hier statt dessen die gänzliche Unterdrückung erfolgt wäre, weil die bloße Formbestimmtheit, in der das Recht constituirt wurde, nicht fortdauern kann, so würde das Individuum hier aller-

1) Weshalb im Gesetz vom 18. Dec. 1790 verboten wurde, de ne plus à l'avenir créer aucune redevance foncière non remboursable, was dann zu dem ganz allgemeinen in den Code übergegangenen Grundsatz führte: chaque rente perpétuelle est essentiellement remboursable.

dings den Vorwurf gegen den Gesetzgeber erheben können: es würde, falls jene Form des Rechts bei der Constituirung desselben untersagt gewesen wäre, die andere noch jetzt erlaubte Form sich stipulirt haben, und dieser Vorwurf würde eine wirkliche Rückwirkung in sich einschließen, wie wir im Verlauf noch tiefer sehen werden. Im ersten Falle aber kann das Individuum diesen Vorwurf nicht erheben, weil ja auch in keiner andern gewählten Form das absolut unzulässig und substantiell nichtig gewordene Recht länger hätte continuirt werden können.

Oder mit andern Worten. Wenn, wie wir als das Gesetz der Sache gesehen haben, jedem Vertrage die stillschweigende Stipulation hinzuzudenken ist, daß das in ihm constituirte Recht so lange dauern solle, solange nur dasselbe dem allgemeinen Geiste als rechtlich möglich und somit als nicht prohibirt erscheinen wird, so ist nun ebendeshalb für diesen Fall der Prohibition dem Vertrage nothwendig auch noch die andere stillschweigende Stipulation hinzuzudenken: daß

> solange aus diesem Rechtsgrunde und an diesem Rechtsobject überhaupt noch ein Rechtsanspruch von neuem erworben werden kann und somit als rechtlich möglich anerkannt werden wird, das vom Individuum sich constituirte Recht in jeder andern Form und Bestimmtheit fortbestehen solle, welche vor dem Bewußtsein des neuen Gesetzgebers noch als zulässig erscheinen wird; d. h. also in jeder Form, in welcher aus diesem Rechtsgrunde und auf dieses Rechtsobject auch noch nach dem neuen Gesetze Rechte neu erworben werden können. [1])

---

1) Wie sehr die von uns entwickelte Ueberleitung des Rechts in seine noch unprohibirte Gestalt als die wahrhafte logische Idee der Sache hervortritt, in Rechtsgebieten, in denen von Entschädigung gar keine Rede sein kann, mag beispielsweise an dem Gesetz vom 8. Mai 1816 gezeigt werden, durch welches die Restauration in Frankreich die Ehescheidung aufhob. Klagen auf Trennung von Tisch und Bett (séparation de corps) blieben zulässig. Infolge dessen verfügte der Art. 2 des Gesetzes, daß alle hängigen Scheidungsklagen und — da unter dem Code civil die Scheidung vom Richter nur zugelassen und erst vom Civilstandsbeamten ausgesprochen wird — alle bereits erlassenen, aber noch nicht executirten Scheidungsurtheile in Sepa-

Und die Verletzung dieser stillschweigenden Contractsstipulation, welche die consequente Abstufung jener ersten ist, deren nothwendiges und stillschweigendes Dasein allein die Rückwirkung ausschließt, würde somit in der That eine wirkliche Rückwirkung in sich tragen.

Wir werden so von allen Seiten immer wieder auf unsern systematischen Gedanken zurückgeführt und sehen, wie derselbe die Kraft hat, die begrifflichen Unterschiede der Materie aus sich zu erzeugen.

Ganz so nun, wie wir es hier als nothwendig aus dem Begriffe fließend nachgewiesen haben, verfuhren die französischen Versammlungen der Revolutionszeit, indem sie mit der wahrhaften Logik des Begriffs alle Lasten, Rechte und Beschränkungen der ersten Klasse für ohne weiteres und ohne jede Entschädigung aufgehoben, alle solche aber, welche „der Preis und die Bedingung einer ursprünglichen Verleihung von Grund und Boden" waren, blos für ablösbar (*rachetable)* erklärten. Dies Princip wird schon gleich in dem ersten Decrete der berühmten Augustnacht angedeutet, wo es heißt Art. 1: „L'assemblée nationale détruit entièrement le régime féodal et décrète que, *dans* les droits et devoirs tant féodaux que censuels, *ceux qui tiennent* à la main-morte réelle ou personnelle et à la servitude personnelle *sont abolis sans indemnité,* et tous les *autres* déclarés *rachetables.*"

Zu seinem reinen begrifflichen Ausdruck kam dies Decret erst in dem ausführenden Decrete derselben Nationalversammlung vom 15. März 1790, wo es in Tit. 3, Art. 1, heißt:

„Seront *simplement rachetables* et *continueront d'être payés jusqu'au rachat effectué* tous les droits et devoirs féo-

---

rationsklagen und Separationsurtheile umgewandelt sein sollten. — Scheidung sollte nicht mehr sein können, somit blieb die Separation als die noch erlaubte Form der Trennung, obgleich nicht hierauf geklagt und erkannt worden war und für die Separationsklage andere Formen als für die Scheidungsklage galten. Aber da auch jetzt noch auf Separation geklagt werden konnte, hätte es geheißen, die Gültigkeit individueller Handlungen rückwirkend vernichten, wenn man diejenigen, die ein Scheidungsurtheil erlangt hatten, jetzt hätte nöthigen wollen, von neuem auf Separation zu klagen.

daux et censuels utiles qui sont *le prix et la condition d'une concession primitive de fonds*", nachdem in den vorhergehenden Titeln alle andern für unentgeltlich abolirt erklärt worden waren. Nach andern ausführenden Gesetzen vom 3. Mai, 14. Nov., 23. Dec. 1790 und 13. April 1791 gelangte dies Princip zu seiner wahrhaft consequenten Durchführung erst durch das Gesetz der assemblée législative vom 25. Aug. 1792, wozu dann später noch das Schlußdecret des Convents vom 17. Juli 1793 kam. [1])

Untersuchen wir nun beiläufig von dem festgewonnenen Standpunkt unsers Princips aus das preußische Gesetz über die Regulirung und Ablösung der gutsherrlichen und bäuerlichen Verhältnisse vom 2. März 1850, so sind es traurige Resultate, die sich uns ergeben.

Zwar erklärt dieses Gesetz in den §§. 2 und 3 eine Anzahl von Berechtigungen für unentgeltlich aufgehoben, insbesondere auch (§. 2, Nr. 1 und 2) das Obereigenthum des Lehnsherrn, des Guts- oder Grundherrn und des Erbzinsherrn, desgleichen das Eigenthum des Erbverpächters, und spricht dem Erbzinsmann und Erbpächter das volle Eigenthum durch die bloße Kraft des Gesetzes zu. Zwar scheint dies Gesetz auch ganz direct dem von uns aufgestellten Princip entflossen zu sein, indem es in §. 3, Nr. 10, ausdrücklich für ohne Entschädigung aufgehoben erklärt:

> „die aus den frühern gutsherrlichen, schutzherrlichen und grundherrlichen Rechten abgeleiteten und hergebrachten Abgaben und Leistungen, welche, ohne zum öffentlichen Steuereinkommen zu gehören, die Natur der Steuern haben"

und indem es am Schluß des §. 3 verordnet:

> „Insofern jedoch die in diesem Paragraphen gedachten

1) Von den ausführenden Gesetzen ist oben nur an die wichtigsten erinnert worden; andere, wie die vom 28. Oct. 1790 über die dîmes inféodées, vom 26. Juli 1792 über die droits casuels pour mutation de propriété, vom 17. u. 20. Aug. 1792 über die droits féodaux fixes et casuels, vom 28. Aug. und 7. Dec. 1792, vom 10. Juni 1793 u. s. w., sind übergangen. Ebenso folgten noch auf das obige Decret des Convents einzelne ausführende und interpretirende Decrete vom 7. Sept. 1793, 2. Oct. 1793, 1. Brumaire, 9. Brumaire, 1. Frimaire, 28. Nivôse, 29. Floréal II u. s. w.

Dienste, Abgaben und Leistungen für die Verleihung oder Veräußerung eines Grundstücks ausdrücklich übernommen worden sind, bleibt deren unentgeltliche Aufhebung ausgeschlossen."

Und gewiß ist nach diesen beiden angeführten Bestimmungen unleugbar, daß jener von uns oben (S. 225 fg.) in allgemeinerer begrifflichen Fassung nachgewiesene Unterschied bei diesem Gegenstande praktisch dem eigenen Rechtsgefühl des preußischen Gesetzgebers nach dem Vorgang der französischen Versammlungen zum Bewußtsein gekommen war.

Aber schon sehr bedenklich erscheint es, wenn der §. 5 verordnet:

„Die mit dem §. 2, Nr. 1 und 2, bestimmte Aufhebung des Obereigenthums des Lehnsherrn, Guts- oder Grundherrn und Erbzinsherrn, sowie des Eigenthums des Erbverpächters, hat nicht zugleich die Aufhebung der aus diesen Verhältnissen entspringenden Berechtigungen auf Abgaben oder Leistungen oder ausdrücklich vorbehaltene Nutzungen zur Folge; vielmehr bleiben diese Berechtigungen, sofern sie nicht etwa in dem gegenwärtigen Gesetze besonders für aufgehoben erklärt worden sind, fortbestehend."

Und hierauf werden in §. 6 „alle beständigen Abgaben und Leistungen, welche auf eigenthümlich oder bisher erbpachts- oder erbzinsweise besessenen Grundstücken oder Gerechtigkeiten haften", der Ablösung unterworfen.

Nun läßt sich aber historisch nicht leugnen, und nichts ist besser und wiederholter nachgewiesen worden, als daß besonders der Erbzins häufig auch aus bloßen Schutz- und Vogteiverhältnissen entstanden ist, in die sich freie Bauern mit ihrem Gute zu adeligen Herren oder Stiftern begeben hatten, ihnen sehr häufig auch durch bloße Usurpation und durch das Ueberhandnehmen feudaler Anschauungen [1]) im Mittelalter aufgebürdet worden ist. [2])

Zwar wird man sagen können, daß der §. 5 jene Abgaben und Leistungen blos insofern der Ablösung unterwerfe, „sofern sie

---

1) Vgl. z. B. die Maxime: nulle terre sans seigneur.

2) Siehe Anm. 2 zu S. 236.

nicht etwa in dem gegenwärtigen Gesetze besonders für aufgehoben erklärt worden sind", und daß folglich in der vorhin angeführten Nr. 10 des §. 3, welche alle solche Abgaben und Leistungen unentgeltlich aufhebe, die lediglich auf feudalem oder gutsherrlichem u. s. w. Nexus beruhen, auch Erbzinse u. s. w. unentgeltlich aufgehoben sind, insofern ein solcher feudaler Ursprung derselben nachgewiesen werden kann. [1])

Wenn man das Gesetz aber selbst in diesem Sinne auslegt, so enthält es immer noch in Bezug auf den Erbzins u. s. w. die Aufstellung einer Präsumtion zu Gunsten des Berechtigten und schiebt hierin dem Verpflichteten die Last des Beweises zu, wie dies allerdings auch in Frankreich zuerst durch das Gesetz der

---

1) Sicher ist es übrigens durchaus nicht, daß man mit dieser Auslegung vor unsern Tribunalen durchkommen würde. Denn hier würde gesagt werden können, daß die aus Erbzins- u. s. w. Verhältnissen als solchen entspringenden Berechtigungen ausdrücklich vom §. 5 für fortbestehend erklärt werden und daher auf ihren besondern factischen oder örtlichen Ursprung nicht zurückgegangen werden dürfe; daß allerdings dieser Paragraph auch bei Erbzinsgütern u. s. w. solche auf ihnen haftende Abgaben ausnehme, welche in dem Gesetz „besonders für aufgehoben erklärt worden sind"; daß der §. 3, Nr. 10, aber, welcher alle Berechtigungen unentgeltlich aufhebe, welche die „Natur von Steuern haben", hierdurch nur eine allgemeine Kategorie aufstelle, aber nicht den Erbzins „besonders" (namentlich) für unter irgendwelchen Umständen aufgehoben erkläre; daß im Gegentheil der Erbzins als solcher in der That nicht die „Natur von Steuern", sondern die einer reinen Reallast (Grundabgabe) habe (vgl. Allg. Landrecht, Thl. 1, Tit. 18, §. 680 fgg. und §. 813 fgg.), und daß daher der Gegenbeweis, daß ein bestimmter Erbzins durch seinen factischen und örtlichen Ursprung eine ähnliche Natur habe, als nicht von dem Gesetz gestattet zu betrachten sei.

Faßt man das Gesetz in dieser dem Bauer den Gegenbeweis des feudalen Ursprungs gegen die gesetzliche Vermuthung der Grundverleihung abschneidenden Weise auf, so gilt dann auch in dieser Hinsicht auf das härteste von diesem Gesetz das, was wir sehr bald in Bezug auf andere Bestimmungen desselben darthun werden.

Jedenfalls werden die Interessen der berechtigten Grundaristokratie mit ganz anderer Sorgfalt von diesem Gesetz gewahrt. Denn zu ihren Gunsten wird, wie wir schon gesehen haben, am Schluß des §. 3 ganz ausdrücklich bestimmt, daß auch die vom Gesetz für unentgeltlich aufgehoben erklärten Berechtigungen dennoch fortbestehen sollen, wenn ihre Entstehung für Verleihung oder Veräußerung eines Grundstücks erwiesen wird.

Constituante vom 15. März 1790 geschehen war [1]), ein Gesetz, welches aber in Aufstellung dieser gegen das historische Sachverhältniß laufenden, für deutsche Bauernverhältnisse übrigens aus historischen Gründen [2]) noch viel weniger als für Frankreich gültigen und somit grundlos die Regeln der juristischen Beweislast umkehrenden [3])

---

1) Art. 2: Et sont présumés tels (nämlich als prix d'une concession primitive de fonds, und daher rachetables) *sauf la preuve contraire:* 1° Toutes les redevances seigneuriales annuelles en argent, grains, volailles, cire, denrées ou fruits de la terre, servis sous la dénomination de cens, censives, ventes féodales, seigneuriales et emphytéotiques etc. etc. qui ne se paient et ne sont dues que par le propriétaire ou possesseur d'un fonds, sauf qu'il est propriétaire ou possesseur et à raison de la durée de sa possession.

2) Siehe hierüber und zu dem Vorhergesagten über die aus Schutzverhältnissen (in die sich Freie mit ihren Gütern begeben hatten) übernommenen und aus andern Feudalzuständen freien Bauergütern aufgezwungenen Erbzinse u. s. w. Mittermaier, Grundsätze des gemeinen deutschen Privatrechts, 7. Aufl., Bd. 1, §§. 80—92, und Bd. 2, §. 480 fgg.; Möser, Osnabrückische Geschichte, Th. 2, Abschn. 2, §. 22—24, und Abschn. 3, §. 13—15; Haggenmüller, Geschichte von Kempten, S. 101, 215; Eichhorn, Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte, §§. 195, 196, 223, 247 Anmerk. 2, 343, 368, 448, 545, 169, 194; desselben Einleitung u. s. w., §. 50 zu Ende, §. 51, 52 c, 54 fgg.; Kindlinger, Geschichte der deutschen Hörigkeit, §. 2 fgg., 15, 16, 42 fgg.; Grimm, D. R. A., S. 503, 562; Sommer, Rechtsverhältnisse u. s. w., S. 113; desselben Bauergüter, S. 113, 124; Zimmermann, Geschichte der Bauernkriege, den ganzen ersten Band und die bei diesen Autoren, besonders Mittermaier, angeführte Literatur.

3) So sind z. B. im Herzogthum Westfalen die sogenannten Erbzinsgüter dennoch seit je volles Eigenthum der Besitzer (also nicht getheiltes Eigenthum oder Erbzinsgüter im Sinne des Allg. Landrechts am vorher angef. O.); s. Sommer, Bauergüter im Herzogthum Westfalen, §§. 13, 14, 59. Dasselbe gilt von den Erbzinsgütern im Fürstenthum Siegen; s. Schenk, „Statistik von Siegen", §. 54. Ebenso kommen im Eichsfelde unter dem Namen Erbzinsgüter häufig reine Zinsgüter vor; s. Revidirter Entwurf des Provinzialrechts des Eichsfeldes, §. 46, Motive, S. 68 und Acta des Ministeriums des Innern, Regulirungen und Gemeinheitstheilungen Gen., Nr. 9 b, Bl. 11 fgg., angezogen bei Dönniges, Die Landescultur-Gesetzgebung Preußens, im höhern Auftrage mit Benutzung amtl. Quellen, Bd. 2, S. 95. Ebenso erscheinen im Fürstenthum Minden unter dem Namen Erbmeier- (Erbpachts-) Güter freie, im vollen Eigenthum befindliche Güter; s. Wigand, Provinzialrecht von Minden, I, 120.

Es läßt sich aber überhaupt kein stichhaltiger Grund absehen, warum

Vermuthung den Berechtigten nur noch viel zu günstig war. [1])

Allein das Gesetz vom 2. März 1850 enthält andere Punkte, die keinem Versuche einer Beschönigung zugänglich und deren kritische Bloßlegung in einem noch engern Zusammenhange mit den von uns untersuchten Principien steht.

Durch Tit. 2, §. 11, desselben werden nämlich auch die ungemessenen Dienste der Ablösung unterworfen.

Die ungemessenen Dienste tragen aber so deutlich den Stempel ihres feudalen Ursprungs auf der Stirn, daß derselbe vom preußischen Gesetzgeber selbst eingestanden worden ist. In dem für die westfälischen, bergischen und hanseatischen Landestheile zur Schlichtung der Zweifel über das, was durch die französische Periode daselbst abgeschafft worden sei oder nicht, erlassenen preußischen Gesetze vom 25. Sept. 1820 (Gesetzsammlung, S. 169) heißt es:

§. 3. „Die Leibeigenschaft und Erbunterthänigkeit ist und bleibt mit ihren Folgen aufgehoben.“

§. 4. „Zu diesen Folgen werden gerechnet und sind daher aufgehoben: . . . . . . Nr. 4 alle ungemessenen Dienste, wenn sie auch in Rücksicht des Besitzes eines Grundstücks obliegen.“

---

der Berechtigte nicht ebenso gut, wie er das Dasein und den Umfang seines Anspruchs zu erweisen hat (vgl. Struckmann in den Beiträgen zum Osnabrück. Eigenthumsrecht, Beitr. 10, S. 28; Reyscher, Würtemberg. Privatrecht, I, 411), auch die Qualität seines Anspruchs erweisen soll, und warum das Gesetz hier, und bei solchen historischen Umständen, eine den allgemeinen Regeln über die Beweislast widersprechende Vermuthung aufstellt, zumal endlich, wo der Erbzins u. s. w. durch Verleihung von Grundstücken entstanden ist, der Berechtigte mindestens in der Regel eine Urkunde darüber besitzen wird, wo er aber etwa durch Misbrauch der Feudalgewalt entstand, ein Revers hierüber vom Feudalherrn freilich nicht ausgestellt wurde!

1) Schon durch die assemblée législative wurde daher durch Gesetz vom 25./28. Aug. 1792, Art. 1 u. 4, die Vermuthung jenes Gesetzes von 1790 umgekehrt und alle dort für ablöslich erklärten Rechte für unentgeltlich aufgehoben erklärt, wenn nicht bewiesen würde, daß sie in einer Abtretung eines Grundstücks ihren Ursprung haben, welcher Beweis lediglich durch Vorlegung der ursprünglichen „Belehnungs-, Zins- oder Erbverpachtungsurkunde“ geführt werden dürfe.

Indem jetzt gleichwol diese Dienste der Ablösung unterworfen wurden, liegt hierin nicht nur eine interessante Probe von dem Fortschritt unserer constitutionellen Periode gegen die Zeit des Absolutismus, sondern noch etwas viel Ernsteres vor.

Die Wissenschaft, deren erste Pflicht schärfstes Denken ist, kann deshalb auch gar nicht auf das Recht verzichten, die Schärfe der Begriffsbestimmungen in der ihr allein entsprechenden Schärfe und Bestimmtheit der Ausdrücke niederzulegen. Es muß hiernach gesagt werden, daß es geradezu nichts anderes war, als ein widerrechtlich am armen Manne zu Gunsten der reichen Grundaristokratie begangener — Raub, wenn das Gesetz für nur ablösbar und also fortbestehend Dienste erklärte, welche vom preußischen Gesetzgeber selbst als „Folgen der Leibeigenschaft und Erbunterthänigkeit" anerkannt worden waren.

Die widerrechtliche Beraubung bestand darin, daß man diese Frohnen trotz ihres feudalen Ursprungs für fortbestehend erklärte in demselben Augenblicke, wo man die prohibitive Wendung des gesammten Rechtsbewußtseins der Zeit gegen jene feudalen Verhältnisse gesetzgeberisch so sehr anerkannte, daß man (s. §. 2 und 3 des Gesetzes, besonders Nr. 10 und am Schluß) die Fortdauer dieser Verhältnisse als eine unrechtliche abolirte. [1]

Nun erst war die gleichwol decretirte Fortdauer jener Dienste, die entsprungen waren aus Verhältnissen, welche der Gesetzgeber selbst als ein Dasein des Unrechts eingestanden hatte, zu einem wahrhaften Unrecht und zu einer durch keine bona fides mehr gedeckten gewaltsamen Eigenthumsverletzung der ärmern Klasse geworden. Im Mittelalter konnten wenigstens, da das juristische Recht stets nach dem Bewußtsein der Zeit bemessen werden muß, in rechtlicher Weise auf Grund damals geltender Verhältnisse des öffentlichen Rechts feudale Lasten bäuerlichen Gütern und ihren Besitzern auferlegt werden, wenn es auch

---

1) „— — weil das ganze Ablösungsgesetz, insbesondere aber die §§. 2 und 3 desselben ergeben, daß alle auf dem Grundeigenthum ruhenden Reallasten, die ihre Entstehung in einem feudalen oder gutsherrlichen u. s. w. Nexus gehabt haben, aufgehoben werden sollen" (Erwägungsgründe des 5. Senats des Obertribunals Präj. v. 6. Nov. 1855, Arch. f. Rechtsf., XVIII, 277.)

der historischen Wirklichkeit zufolge meist durch Gewalt, Usurpation und Unterdrückung geschah. Jetzt aber decretirte man den Fortbestand und den Kapitalabkauf dieser Berechtigungen zu einer Zeit, wo man selbst nicht mehr den Glauben an dieses Recht hatte, in demselben Augenblicke, wo vielmehr die Widerrechtlichkeit und Ungültigkeit aller aus feudalem Titel entsprungenen Rechte — vgl. noch Art. 42 der Verfassung vom 31. Jan. 1850 [1]) — als die gebieterische Vorschrift des allgemeinen Rechtsbewußtseins vom Gesetzgeber selbst proclamirt wurde. Dieser Mangel des Glaubens an sich selbst, die in dem Kapitalabkauf vorliegende Aufrechterhaltung des Rechts gegen den zwingenden Inhalt des eigenen gesetzgeberischen Bewußtseins, macht jenen dennoch verordneten Abkauf zu einer widerrechtlich und wider das eigene Rechtsbewußtsein verordneten Vermögensverletzung der ärmsten Klassen zu Gunsten der adeligen Grundbesitzer, und somit allerdings logisch-consequent zu einem Raube. [2])

Nicht viel anders verhält es sich in Bezug auf die Besitzveränderungsabgaben (Laudemien), von denen in den §§. 36—40 dieses Gesetzes nur die bei Veränderungen in herrschender Hand eintretenden aufgehoben, aber die bei Veränderungen in dienender Hand eintretenden — und bekanntlich ist letzteres die Regel — mit Ausnahme der Gerichtssporteln (§. 39) sämmtlich der Ablösung

---

1) Lautend: „Aufgehoben ohne Entschädigung sind: 1) die Gerichtsherrlichkeit, die gutsherrliche Polizei und obrigkeitliche Gewalt, sowie die gewissen Grundstücken zustehenden Hoheitsrechte und Privilegien; 2) die aus diesen Befugnissen, aus der Schutzherrlichkeit, der frühern Erbunterthänigkeit, der frühern Steuer- und Gewerbeverfassung herstammenden Verpflichtungen."

2) Diese Kritik läßt sich natürlich nicht auf solche Ablösungen von ungemessenen Diensten anwenden, welche z. B. in Preußen in der Gesetzgebungsperiode von 1810 und den folgenden Jahren angeordnet wurden. Damals traten diese Maßregeln als ein merum beneficium zur zweckmäßigen Verbesserung der Lage der ländlichen Bevölkerung ein, ohne einem prohibitiven Rechtsbewußtsein des Gesetzgebers entflossen zu sein. Damals wurde daher auch nicht die unentgeltliche Aufhebung der feudalherrlichen Lasten als gesetzgeberische Rechtsanschauung proclamirt. Daß dies 1850 geschah und gegen diese vom Gesetzgeber selbst (durch Verfassung wie Gesetz) verkündete Prohibition des allgemeinen Rechtsbewußtseins die Ablösung verfügt wurde, ist es, was die obige Kritik begründet.

unterworfen wurden, falls nur die Laudemienpflichtigkeit des Gutes, auch ohne Angabe ihres Rechtsgrundes, in einer öffentlichen Urkunde anerkannt war. Unmöglich kann von den Laudemien geleugnet werden, daß sie historisch mindestens in den zahlreichsten Fällen in feudaler Weise, nicht als reine Grundabgabe (Reallast) entstanden sind. Gleichwol lassen die §§. 36—40 (und am klarsten der Schluß des §. 3 des Gesetzes, vgl. mit §. 39) keinen Zweifel darüber, daß in Bezug auf die Laudemien dem bäuerlichen Besitzer selbst der Gegenbeweis der feudalen Entstehung abgeschnitten ist.

Endlich ist bei diesem Gesetz noch Folgendes in Betracht zu ziehen.

Sogar die französische Constituirende Versammlung hatte, wie wir gesehen haben, nur die Unablöslichkeit jener auf Grund einer Bodenverleihung entstandenen Lasten, weil der Freiheit des Bodens und des Individuums widersprechend, aufgehoben. Sie hatte in richtiger Consequenz dessen nicht mehr aufgehoben, als durch den prohibitiven Inhalt des Bewußtseins aufzuheben geboten war, nämlich die Zwangsbestimmung der Unablöslichkeit. Sie hatte daher diese Rechte nur für ablöslich erklärt (rachetables) und diese Befugniß in die freie Wahl der Verpflichteten gestellt. [1])

In zwingender Weise dagegen trat das Gesetz vom 2. März 1850 auf. Es stellte (s. §. 64, 94 und das Gesetz über die Rentenbank vom selben Tage) die Forderung der Ablösung nicht blos in die Wahl der Verpflichteten, sondern ebenso auch in die der Berechtigten, und machte so den Kapitalabkauf der Dienste und Leistungen aus einer freien Wahl zu einer unfreiwilligen Pflicht, statt zu einer Consequenz der persönlichen Freiheit der Verpflichteten zu einem Zwange für dieselben. Es hätte sich dies Gesetz statt Gesetz über die „Ablösbarkeit", richtiger als ein Gesetz über Ablösungszwang charakterisiren sollen. Fragt man sich, wie dies zur Zeit höchster Reaction so auffällige, die französische revolutionäre Versammlung noch

---

1) Siehe den Rapport von Tronchet, vom 28. März 1790, T. XVI des proc. verb. de l'Assemblée. Ebenso z. B. die hannoversche Ablösungsordnung von 1833.

weit hinter sich lassende zwingende Auftreten zu Gunsten der persönlichen Freiheit zu verstehen und zu erklären sei, so bietet sich darauf als Antwort in einleuchtender Analogie die Motivirung, mit welcher sogar jetzt unter einem liberalen Ministerium der den Kammern vorgelegte Entwurf zur Aufhebung und Entschädigung der Grundsteuerfreiheit [1]) ausdrücklich versehen ist. Die Regierung — heißt es hier — hofft hierdurch: „eine Frage zur befriedigenden Lösung zu bringen, welche, wenn letztere nicht bald erfolgt, einer weniger rücksichtsvollen Behandlung unaufhaltsam entgegeneilt".

Der Feudalgeist fühlt die ihm so knapp zugemessene Zeit — und greift schnell noch mit beiden Händen von neuem in die Taschen des Volks, um noch vor dem Hahnenschrei durch eine neue Gewalt seinen feudalen Besitz in bürgerlichen zu verwandeln! [2])

---

1) in der Session von 1859/60.

2) Kann es wundern, wenn ein Gesetz von den Tribunalen in dem Geiste interpretirt wird, in welchem es erlassen worden? Das Obertribunal hat dies reichlich gethan. So konnte zwar nicht geleugnet werden, daß die unter der Benennung „Geschoß" und „Erbgeschoß" vorkommende Abgabe aus den frühern schutzherrlichen Rechten, insbesondere aus der Gerichtsherrlichkeit herzuleiten und daher unentgeltlich aufgehoben sei (Präj. des Obertrib. vom 10. Dec. 1853 und vom 3. Juli 1855; Entscheidungen, XXVII, 272, und Zeitschr. des Revisionscoll., IX, 55), aber das Obertribunal brachte gleichwol fertig zu erklären, daß wenn nur die — von den Berechtigten selbst herrührenden — Quittungen eine Abgabe als Geschoß, Geschoßgeld, Geschoßzins u. s. w. bezeichnen, hieraus für sich allein die Entstehung der Abgabe aus einem schutzherrlichen, gutsherrlichen oder grundherrlichen Rechte oder ihre steuerartige Natur nicht herzuleiten sei (Präj. des Obertrib. II. Sen. vom 29. Jan. 1856; Arch. für Rechtsf., XX, 95), obgleich schon durch ein Urth. v. 16. Oct. 1847 (Entscheidungen, XVI, 264) das Obertribunal die Steuernatur des „Geschoß" nachgewiesen hatte; vgl. das schon bezogene gründlich motivirte Erkenntniß vom 10. Dec. 1853. — Der §. 3, Nr. 8 des Gesetzes, hatte die unentgeltliche Aufhebung der zu persönlichen Bedürfnissen der Gutsherrschaft und ihrer Beamten bestimmten Dienste ausgesprochen. Aber trotz des offenbar herrenschaftlichen Ursprungs derselben und trotz der im §. 3 verfügten Aufhebung aller so entstandenen „Abgaben und Leistungen" brachte der zweite Senat des Obertribunals fertig zu erklären, daß die Abgaben, in welche solche Dienste erweislich umgewandelt worden, nicht aufgehoben seien (Präj. v. 21. März 1854, Entscheid., XXVIII, 261), obwol

Kehren wir nunmehr von dieser Kritik des Gesetzes vom 2. März 1850 zu dem oben entwickelten begrifflichen Unterschied zurück. Wir haben in demselben ein ebenso unangreifbares als leicht anzuwendendes Princip gefunden, nach welchem jetzt überall mit vollständiger Sicherheit zu bestimmen ist, wo Entschädigung, resp. Umwandelung und Ablösung einzutreten hat und wo nicht.

Handelt es sich z. B. um Aufhebung der Leibeigenschaft, so kann von einer Ablösung nicht die Rede sein, weil hier aus diesem Rechtsgrunde — persönliche Oberherrlichkeit über Menschen — überhaupt kein Recht mehr nach dem gegenwärtigen Bewußtsein bestehen kann. Es ändert gar nichts, wenn der Leibeigene durch Kauf erworben wäre; denn es kann dabei nur ankommen auf das Recht des ursprünglichen Besitzers. Kein Verkäufer kann größere Rechte übertragen, als er selber hat, und jeder Titel geht über mit der Caducität, die ihm anklebt, insbesondere also mit der Caducität vor dem spätern prohibitiven Gesetz. Dasselbe Resultat ergibt sich übrigens auch nach unserer Formulirung des Grundsatzes, wenn man nur auf den letzten Ankauf sieht. Kauf an sich ist noch ein gültiger Rechtsgrund, aus welchem Rechte entstehen können. Aber an diesem Rechtsobject — dem Menschen — sollen aus diesem Rechtsgrund

---

der fünfte Senat des Obertribunals sehr richtig erwägt: „daß sich kein Grund denken läßt, aus welchem der Gesetzgeber, welcher die aus dem Jagdrecht originirenden Dienste und Leistungen unentgeltlich aufhebt, die aus gleichem Grunde entstandenen Abgaben fortbestehen zu lassen bezweckt haben sollte, da der reprobirte Verpflichtungsgrund zu einer solchen Reallast derselbe bleibt, ob die Dienste in Natur geleistet werden, oder ob sie durch Vertrag oder Herkommen in eine Geldrente umgewandelt worden sind" (Präj. vom 6. Nov. 1855; Arch. für Rechtsf., XVIII, 278), und obwol bereits durch Urtheil des Obertribunals vom 15. Juni 1852 (Arch. für Rechtsf., VII, 219) dasselbe entschieden worden war. — Die Entscheidung des zweiten Senats des königl. Obertribunals (vom 22. April 1852), daß das Gesetz vom 2. März 1850 auf die in den ehemals französisch-hanseatischen Landestheilen auf drei Vererbungsfälle geschlossenen Erbpachten nicht anwendbar sei, hat bereits bei Gierse, „Ueber die Natur der münsterschen Erbpächte" u. s. w., und in der preuß. Gerichtszeitung, 1859, Nr. 53, ihre genügende Kritik gefunden.

Man beschuldige diese und andere Entscheidungen der Nichtübereinstimmung mit dem Gesetz so viel man will. In dem „Geiste" des Gesetzes hat das Obertribunal jedenfalls entschieden!

keine Rechte mehr entstehen können, Menschen nicht käuflich sein, und es ist daher die Prohibition die totale, keine Umwandelung zulassende, da kein Recht mehr forteristirt, welches den Grund derselben abgeben könnte.

Oder es handelt sich um Aufhebung der Jagdgerechtigkeit.

Im allgemeinen ist dies Recht von feudal-gutsherrlichem Ursprunge und insoweit daher infolge der das Hervorgehen von Rechten aus diesem Rechtsgrund prohibirenden Anschauung des Rechtsbewußtseins absolut abrogirt. Daß diese ursprünglich feudale Gerechtigkeit später durch käuflichen Titel übertragen worden sei, bleibt ein leeres Gerede, das die Natur der Sache nicht ändert, da hier wie überall der Titel durch seine Uebertragung keine größere Gültigkeit empfangen kann, als ihm ursprünglich zukam, und der Eigenthümer jedes Recht, wie jede Sache, immer auf Gefahr des Unterganges kauft.

Dagegen macht es die Unparteilichkeit der Wissenschaft allerdings zur Pflicht, zu bemerken, daß, da einerseits, wie selten auch diese Voraussetzung eintreffen möchte, möglicherweise doch auch ursprünglich eine Jagdgerechtigkeit auf einen entgeltlichen, nicht-feudalen Titel vom Grundeigenthümer dem Jagdberechtigten constituirt sein konnte, und da andererseits das Jagdgesetz vom 31. Oct. 1848 selbst in seinem §. 2 nicht jede Trennung des Jagdrechts vom Grund und Boden, sondern solche nur in der Form eines dinglichen Rechts prohibirt[1]), aus diesen Gründen das bezogene Gesetz der preußischen Nationalversammlung vom 31. Oct. 1848 zwar die unentgeltliche Aufhebung des aus herrenschaftlichen Rechten hervorgegangenen Jagdrechts und die gesetzliche Vermuthung dieses Ursprungs für alle Jagdgerechtigkeiten hätte aussprechen, zugleich aber auch den Gegenbeweis entgeltlicher Veräußerung durch den Bodeneigenthümer hätte zulassen und in diesem Falle die Ablösung verordnen müssen. Nur genau so weit kann der Einwurf gegen jenes Gesetz getrieben werden. Denn dies freilich läßt sich nach der oben ausein-

1) §. 2: „Eine Trennung des Jagdrechts vom Grund und Boden kann als dingliches Recht künftig nicht stattfinden", weshalb dann auch durch das Gesetz vom 7. März 1850 unter besondern Bedingungen Verpachtungen der Jagd zugelassen wurden.

andergesetzten begrifflichen Natur der Sache nicht absehen, warum selbst insoweit und in Bezug auf die Form, in welcher Jagdrecht auch nach dem neuen Gesetze noch sollte neu entstehen können, dasselbe in Bezug auf früher geschlossene Verträge ohne Umwandelung und Ablösung unterdrückt sein sollte. — Hierbei mag übrigens noch genau hervorgehoben werden, daß diese Ablösung da nicht einzutreten hatte, wo früher von seiten eines Gutsherrn einem bäuerlichen Besitzer ursprünglich ein Grundstück mit Vorbehalt der Jagdgerechtigkeit abgetreten worden war. Denn dieser Vorbehalt war ein in der Feudalzeit schon den Verhältnissen der Gutsoberherrlichkeit und des öffentlichen Rechts entflossener und deshalb diese Trennung, als jetzt gänzlich von dem jetzigen Bewußtsein prohibirt, von nun an wirkungslos in sich zusammengesunken. Nur wo nachweislich das Bodeneigenthum des bäuerlichen Besitzers der Abtretung der Jagdgerechtigkeit durch ihn vorhergegangen, diese somit von ihm selbst besessen und durch einen freien Willenscontract veräußert worden war — oder wo zwar ursprünglich bei der Abtretung des Eigenthums die Jagdgerechtigkeit vorbehalten, diese Veräußerung aber zwischen Rechtsgleichen (adelichen Grundherren oder Bauern unter sich) und also ohne Einfluß des öffentlichen Rechts geschehen war [1]) —, nur da durfte und mußte Ablösung eintreten.

Umsonst würde man sich gegen diese Kritik unserer obigen Formel zu Gunsten dieses Gesetzes bedienen und etwa sagen wollen: Aus diesem Rechtsgrund — Kauf — können allerdings noch Rechte hervorgehen, aber nicht mehr auf dieses Rechtsobject — Wild auf fremdem Acker —, und die Aufhebung ohne Entschädigung ist daher in allen Fällen gerechtfertigt. Die Antwort darauf liegt in dem bereits hervorgehobenen Momente, daß auch nach dem Gesetze vom 31. Oct. das Jagdrecht nur als dingliches Recht ausgeschlossen worden ist, nicht aber als persön-

---

1) Ganz angemessen bestimmt daher z. B., offenbar durch diesen Gedankengang geleitet, das Gesetz der französischen Nationalversammlung vom 15. März 1790 in Tit. 2, Art. 24: „Sont exceptées de la suppression ci-dessus et seront rachetables: 1) Les banalités qui seront prouvées avoir été établies par une convention souscrite entre une communauté d'habitants et un *particulier non seigneur.*"

liches Pachtrecht, in welcher Form es vielmehr zugelassen wird unter Bedingungen, die dann durch das Gesetz vom 7. März 1850 näher festgestellt worden sind. Nun stellt aber Pachtung gleichfalls einen Kauf dar, nämlich einen Kauf der Nutzungen auf bestimmte Jahre, und es ist also z. B. nicht abzusehen, warum die Jagdgerechtigkeit, unter den oben erörterten Voraussetzungen ihrer Entstehung, wenn die sonstigen Bedingungen des Gesetzes vom 7. März 1850 vorliegen, nicht in ein Pachtrecht auf die in §. 10 desselben vorgeschriebene längste Dauer von 12 Jahren übergegangen oder in anderer Weise abgelöst worden ist. Es wurde also mehr prohibirt, als durch den Inhalt des gesetzgeberischen Bewußtseins selbst zu prohibiren gefordert wurde. [1])

Setzen wir nun, in unserer Musterung der Fälle fortfahrend, in welchen Entschädigung, d. h. Umwandelung, eintreten und nicht eintreten darf, es handele sich um die Aufhebung von Grundsteuerfreiheit gewisser Klassen von Grundbesitzern. Die prohibitive Anschauung des Rechtsbewußtseins ist hier die: Vorrechte sollen nicht sein. Rechtsgrund und Inhalt des Rechts ist also gleichmäßig aufs stärkste von jeder Fortwirkung ausgeschlossen. Was also einzutreten hat, ist nichts als sofortiges Weichen des Rechts selbst und durchaus nicht eine formelle Umwandelung desselben. Eine solche aber und somit nicht eine Aufhebung, sondern gerade eine fortgesetzte Anerkennung und perpetuirlich gemachte Fortwirkung des durch das Rechtsbewußtsein des Volkes aufgehobenen Vorrechts, würde die Entschädigung, wie wir gesehen haben, nothwendig darstellen. Der Einwurf, die betreffenden Güter seien nicht blos ererbt, sondern auch käuflich

---

1) Wenn diese Kritik im Interesse der strengen Unparteilichkeit, welche die Pflicht wissenschaftlicher Theorie ist, geübt wurde, so erhellt von selbst, daß aus der Nichtbeachtung dieses theoretischen Unterschiedes im gewaltigsten Drange praktischer Ereignisse der Nationalversammlung von 1848 keinerlei Vorwurf entstehen kann, und um so weniger, als dieser Unterschied eben nur eine mehr theoretische Bedeutung hat und schwerlich irgend zahlreiche Fälle der Art vorlagen, in welchen nach den obigen Auseinandersetzungen die Ablösung wirklich hätte eintreten müssen, [der Jurist aber, wie bereits das römische Rechtsadagio sagt, hauptsächlich auf das sieht, quod plerumque fit. —

erworben und in diesem Falle nach dem Reinertrage mit Berücksichtigung ihrer Steuerfreiheit bezahlt, sodaß diese die Natur wahren Eigenthums annehme, bleibt ein widerwärtig leeres Gerede. Das Vorrecht der Steuerfreiheit läßt sich auf länger, als der Staat es anerkennt, um gar nichts gültiger von seinem ersten Inhaber kaufen, als von ihm erben. Der Verkäufer hat das Gut nur so verkauft, wie er es selbst besessen, mit dem Vorrecht der Steuerfreiheit bis zum Tage des prohibitiven Gesetzes. Wurde ein Recht mitgekauft, welches jetzt zu Grunde gegangen ist, so gilt der alte Grundsatz alles Eigenthumsrechts: res perit domino. — Der Zinsvertrag stellt gewiß ein wahrhaft erworbenes Recht dar. Dennoch hat man, wenn z. B. Justinian, die preußische Regierung und andere Gesetzgeber Gesetze über ein Zinsmaximum mit Einwirkung auf die bereits bestehenden Verträge erließen und diese somit auf die Höhe des jetzt noch erlaubten Zinssatzes reducirt waren, noch nie gehört, daß die Gläubiger sich herausgenommen hätten, vom Staate eine Entschädigung für den Betrag der entzogenen Zinsen zu fordern, eine Entschädigung, die ja wiederum nur in der Entrichtung dieser vom Gesetz verbotenen Zinsen hätte bestehen können. Wenn aber hier, im reinen Privatrecht, an welches hierbei nur als argumentum a fortiori erinnert wurde, die jedem Vertrage von Haus aus anklebende Caducität vor dem spätern Prohibitivgesetz bisher noch Schwierigkeiten machen konnte, die erst vor einer vollständig entwickelten Theorie verschwinden können, so konnten im Oeffentlichen Rechte solche Schwierigkeiten doch auch nicht einmal mit dem leisesten Anschein erhoben werden.

Endlich gar noch der Steuer gegenüber mußte jedermann wissen, daß kein das Recht der Staatssouveränetät, Leistungen für das öffentliche Wesen zu begehren, in perpetuum ausschließendes Recht auch nur denkbar sei, und daß daher alle Steuerfreiheit nur die Natur eines zeitweiligen Vortheils haben könne. Es war am Käufer, die Größe desselben und sein mögliches Ende bei dem Ankaufe zu veranschlagen, ohne daß die etwaige Unterlassung hiervon für den Staat eine Verpflichtung schaffen kann. — Wenn somit der angebliche von der Zugrundelegung des steuerfreien Reinertrags bei dem Kaufe hergeleitete Grund nach allen Seiten hin von einer so durch und durch unjuristischen und

völlig sinnlosen Natur ist, wie selten ein Grund, der jemals in einer ernsten Frage angerufen wurde, so nimmt derselbe durch eine andere Betrachtung noch dazu die Gestalt der monstruosesten Absurdität an. Vermöchte jener Grund nämlich irgendetwas zu beweisen, so bewiese er in seiner Consequenz nichts geringeres als ein erworbenes Recht auf die quantitative Unveränderlichkeit aller Steuer. Alle Grundstücke werden mit Zugrundelegung ihres Reinertrags und somit stets mit Berücksichtigung ihrer zeitigen Grundsteuerlast gekauft. Wird also die Grundsteuer vom Staate erhöht, ohne daß — was bisher noch nie und nirgends bei solchem Anlaß geschah und auch bei den gegenwärtigen Steuerverhältnissen nicht einmal möglich ist — die Steuer auf das mobile Kapital und zwar auf alle Arten, in denen mobiles Kapital angelegt sein und existiren kann, genau in demselben Verhältniß erhöht wird, so kann es sich unter Umständen sehr wohl fügen, daß hierdurch eine Verminderung des Reinertrags der angekauften Güter im Vergleich zu dem Ertrag eintritt, welchen der auf sie angelegte Kapitalkaufpreis weiter abgeworfen haben würde. Der Staat wäre daher auch nicht zur Erhöhung der Grundsteuer berechtigt über die Quote hinaus, bei deren zeitigem Bestehen gekauft worden ist. Noch mehr! Der Reinertrag der Grundstücke oder die Grundrente beruht auf dem Preis des Getreides, und dieser hat zu seinem Regulator das Maximum des Kostenpreises, zu welchem sich eine Nation das ihr nöthige Getreide auf eigenen Aeckern erzeugen oder von fremden Ländern beschaffen muß. Durch eine Heruntersetzung oder Aufhebung der in einem Staate bestehenden Getreideeinfuhrzölle wird daher stets und unvermeidlich der Reinertrag der Grundstücke vermindert. Der Staat hätte daher wegen der zur Zeit dieser Einfuhrzölle und mit Zugrundelegung des unter ihnen bestehenden Reinertrags geschehenen Ankäufe von Grundstücken keinerlei Recht, auch nur die Einfuhrzölle auf Getreide aufzuheben oder zu vermindern; oder aber er müßte die Grundbesitzer für diese Aufhebung der Zölle durch Auszahlung eines Kapitals entschädigen, dessen Zinsen ganz oder annähernd das Aequivalent des durch den jetzt verminderten Getreidepreis fortgefallenen Grundrentenbetrages darzustellen hätten. — In der That haben sich die englischen Tories aus jenem Interesse lange genug der Aufhebung der Getreidezölle in England wider-

setzt. Aber sie haben das in Form der Behauptung gethan, daß durch diese Zollaufhebung die Ackerbauinteressen des gesammten Landes litten. Und als durch das öffentliche Bewußtsein die Zollaufhebung einmal unwiderruflich beschlossen war, so haben sie nicht die Schamlosigkeit gehabt, eine Kapitalentschädigung von der Nation zur Deckung ihrer Revenuenausfälle zu verlangen und sich aus ihren jetzt unspeculativ gewordenen Güterankäufen ein Ersatzrecht gegen den öffentlichen Geist zu drehen. Nicht genug hiermit. Da, wie gesagt, die Grundrente sich durch den Kostenpreis des Getreides auf dem unergiebigsten Acker regelt, den eine Nation zur Gewinnung des erforderlichen Vorraths noch bebauen muß, so würde der Staat, falls er zu der Ueberzeugung käme, daß die Aecker schlechtester Klasse unrechtmäßig oder zu hoch besteuert sind, nicht einmal die Befugniß haben, dies eingesehene Unrecht zu ändern und die Steuer auf diesen Aeckern zu ermäßigen oder aufzuheben, oder er müßte dies Recht erst den Grundbesitzern der andern Ackerklassen durch eine Kapitalsumme abkaufen, da ja durch eine Ermäßigung oder Abschaffung jener Steuer auf den schlechtesten Aeckern gleichfalls der bei den bisherigen Ankäufen von Aeckern besserer Klasse gekaufte Reinertrag sich schmälern würde.

Der letzte und wahre Sinn jenes Entschädigungsanspruchs ist, wie wir somit von allen Seiten sehen, gar kein anderer als der, daß es überhaupt kein Oeffentliches Recht gibt, sondern daß alles Oeffentliche Recht nur das Privateigenthum einer besitzenden Klasse ist, von welcher jede Erlaubniß zur Fortentwickelung vom Staate losgekauft werden muß.

Wenn also dennoch Entschädigung für Aufhebung der Grundsteuerfreiheit von Rittergütern bewilligt wird, so tritt hier, da dies Vorrecht durch das prohibitive Rechtsbewußtsein der Zeit seiner Substanz nach vernichtet und somit nichts von ihm übrig geblieben ist, was entschädigt, umgewandelt oder abgelöst werden könnte, auf das stärkste ein, was schon oben (S. 224 fg.) nachgewiesen wurde. Eine solche Entschädigung ist, da nichts Abzulösendes mehr existirt, keine Ablösung, sondern sie stellt einen Tribut dar, welchen ein Volk einer herrschenden und gerade dadurch als herrschend anerkannten Klasse entrichtet, um von dieser ein — partielles — Recht auf die Fortentwickelung des öffentlichen Gei-

stes zu erkaufen. Der Widerspruch ist hier der ungeheuere und kategorische, weil zu gleicher Zeit die prohibitive Aufhebung des Standesvorrechts durch das gesetzgeberische Bewußtsein selbst und zu gleicher Zeit wieder, diesen ersten Satz vernichtend, in jenem Tribut vielmehr das Herrschaftsrecht der bevorrechteten Klasse proclamirt und seine Anerkennung dem Volke zugemuthet wird! Es wird sogar dadurch das Vorrecht aus einem zeitigen nun erst in ein definitives und perpetuelles verwandelt, da natürlich das für die Ablösung der Steuerfreiheit gewährte Kapital in seinen perpetuellen Zinsen für immer das Aequivalent der Steuerfreiheit sichert, die bis dahin nur zeitig bestand. Ein solcher Vorschlag stellt daher eine kategorische Empörung gegen die Logik selber dar, und muß deshalb wieder eine Empörung jedes unbefangenen Rechtssinnes zur Folge haben.

Wenn eine Staatsregierung — wie dies während der Niederschreibung dieser Zeilen [1]) von der preußischen Staatsregierung angekündigt worden ist — die unbegreifliche Schwäche hat, einen solchen Vorschlag zu machen, so verzichtet sie dabei grundsätzlich auf das Souveränetätsrecht des Staats, und wenn eine Kammer pflichtvergessen genug sein könnte, aus Rücksicht auf diese Schwäche auf einen solchen Vorschlag einzugehen [2]), so würde sie wenig-

---

1) Winter 1859.

2) Das oben Entwickelte ist eine bloße Folge der rein allgemeinen, in dieser Materie herrschenden Grundsätze. Noch viel widerrechtlicher und schlimmer aber verhält sich ein solcher Vorschlag in Preußen, weil hier schon durch das Gesetz vom 27. Oct. 1810 über die Abgabeneinrichtung und die Finanzen des Staats die unentgeltliche Aufhebung der adelichen Grundsteuerfreiheit gesetzlich verfügt worden ist. Es heißt in diesem Gesetze: „Auf dem kürzesten Wege wird daher auch ein neues Kataster angelegt werden, um die Grundsteuer danach zu bestimmen. Unsere Absicht ist hierbei keineswegs auf eine Vermehrung der bisher aufgekommenen gerichtet; nur auf eine gleiche und verhältnißmäßige Vertheilung auf alle Grundsteuerpflichtigen. Jedoch sollen alle Exemtionen wegfallen, die weder mit der natürlichen Gerechtigkeit (!!), noch mit dem Geist der Verwaltung in andern Staaten (sic!) länger vereinbar sind. Die bisjetzt von der Grundsteuer befreit gebliebenen Grundstücke sollen also ohne Ausnahme damit belegt werden und Wir wollen, daß es auch in Absicht auf unsere eigenen Domanialbesitzungen geschieht. Wir hoffen, daß diejenigen, auf welche diese Maßregel Anwendung findet,

stens weit logischer handeln, gleich geradezu die Hörigkeit des Volkes von den adelichen Grundbesitzern neu zu proclamiren![1])

Wir wenden uns von dieser Entwickelung des begrifflichen Unterschiedes, wo die bloße Aufhebung und wo die Umwandelung oder Ablösung bestehender Rechte durch prohibitive Gesetze geboten sei, zu unserer Hauptuntersuchung selbst zurück.

---

sich damit beruhigen werden, daß künftig der Vorwurf sie nicht weiter treffen kann, daß sie sich auf Kosten ihrer Mitunterthanen öffentlichen Lasten entziehen, sowie mit den Betrachtungen: daß die von ihnen künftig zu entrichtenden Grundsteuern dem Aufwande nicht gleichkommen, den sie haben würden, wenn man die ursprünglich auf ihren Gütern haftenden Ritterdienstverpflichtungen von ihnen forderte, für welche die bisherigen ganz unverhältnißmäßigen Abgaben gegen die Grundsteuer wegfallen."

So sprach das Gesetz schon 1810! Dieses Gesetz wurde nie aufgehoben und nur seine Ausführung wußte der Adel zu verhindern. Schon 1810 bestand die Grundsteuerfreiheit, wie das Gesetz ausdrücklich anerkennt, „gegen die natürliche Gerechtigkeit". Seitdem besteht sie auch, nun funfzig Jahre hindurch, gegen das Gesetz, das sie ausdrücklich unentgeltlich aufhob und dessen Grundsätze überall mit den oben entwickelten übereinstimmen. Wenn es nicht überraschen kann, daß die von Friedrich Wilhelm III. ausgesprochene utopische Hoffnung, daß sich die Betroffenen durch den Hinweis auf ihr rechtliches Gewissen beruhigen würden, an dem für Recht und Gewissen tauben, ewiger Ausbeutungswuth dahingegebenen Geiste der Aristokratie zu Schanden werden mußte, so muß es dagegen wahrhaft und aufs höchste überraschen, wenn eine Regierung, welche die constitutionelle Fahne tragen will, die Widerrechtlichkeit auf sich nimmt, für ein gegen die „natürliche Gerechtigkeit" und seit funfzig Jahren auch gegen das Gesetz gehendes abgeschafftes Vorrecht jetzt eine Entschädigung zu beantragen und so allem Volke deutlich zu beweisen wagt, wie wir mit allem Verfassungsgerede noch lange nicht einmal auf der Höhe des freisinnigen Absolutismus wieder angelangt sind.

1) Man kennt übrigens das Schicksal, das dieser in der Session 1859/60 von dem Ministerium vorgelegte Entschädigungsgesetzentwurf seitdem gehabt hat. Von der Zweiten Kammer angenommen, wurde er es selbstredend auch, natürlich mit der Miene einer heroischen Opferwilligkeit (!), vom Herrenhause, darauf aber vom Ministerium deshalb zurückgezogen, weil diese Vorlage connex mit einer andern über die Grundsteuerausgleichung der verschiedenen Provinzen gewesen war, die der Grundaristokratie nicht „Opfer" dieser Art auferlegt hatte und deshalb vom Herrenhause verworfen worden war.

Wir haben bisher nachgewiesen, daß und weshalb prohibitive Gesetze, welche ein früheres Recht als unerlaubt aus der Rechtssphäre ausschließen, ohne jede Rückwirkung und ohne jede Beeinträchtigung der rechtlichen Willensfreiheit und des Grundsatzes von der Festigkeit erworbener Rechte, auch auf die bestehenden Verträge eingreifen und dem jetzt als unerlaubt gesetzten Rechtsinhalt sofort jede Fortexistenz entziehen müssen.

Nunmehr müssen wir jedoch auch noch die begriffliche Schranke entwickeln, innerhalb welcher allein das Gesagte Gültigkeit hat. Es wird also jetzt zu zeigen sein, wenn prohibitive Gesetze die angegebene Wirkung haben müssen, und wenn sie sie nicht haben dürfen, ohne sich mit Rückwirkung zu beflecken.

Der Nachweis dieses Unterschiedes wird aber das bisher Entwickelte in keiner Weise umstoßen, da er nur die ausdrückliche Heraushebung dessen sein wird, was bisher stillschweigend vorausgesetzt wurde.

Er wird vielmehr einerseits auch das Bisherige durch die Entwickelung der einzigen Schranke, welche für die sofortige Einwirkung zwingender Gesetze auf bestehende Rechtsverhältnisse existirt, durch noch tiefere Begründung erst völlig sicher stellen und unanfechtbar machen, andererseits jeden Misbrauch des entwickelten Gesetzes verhüten und die Wahrheit unserer Theorie gerade durch die Hindurchführung durch ihren begrifflichen Unterschied erst zur letzten Evidenz bringen.

Nachdem wir also bisher nur im allgemeinen gesehen haben, daß prohibitive Gesetze sofort einwirken müssen, handelt es sich jetzt darum, das genaue begriffliche Gesetz zu entwickeln, wenn und wenn nicht Prohibitivgesetze diese Wirkung haben dürfen.

Savigny verwirft bekanntlich durchaus die Einwirkung der Prohibitivgesetze auf frühere Verträge.[1])

Und merkwürdigerweise ist es gerade der von Savigny seiner Theorie zu Grunde gelegte Gedanke, welcher, wenn er in seiner wahren Bedeutung erfaßt wird, Grenze und Grund an-

---

1) z. B. VIII, 436: „— — sodaß die nicht selten aufgestellte Behauptung verworfen werden muß, nach welcher neue Prohibitivgesetze die Natur der früher geschlossenen Verträge sollen umändern können“ u. s. w.

gibt, in welchen Fällen prohibitive Gesetze sofort eingreifen dürfen und in welchen nicht!

Savigny selbst ist diese wahre Natur und Bedeutung des ihn treibenden Gedankens verhüllt geblieben. Und sie mußte ihm verhüllt bleiben, weil Savigny in diesem Gedanken, welcher gerade nur die aus dem Begriffe sich ergebende Folgerung für die specielle Frage der Einwirkung von Prohibitivgesetzen in sich enthält, misverständlicherweise das Hauptgesetz für die gesammte Rückwirkungsmaterie, d. h. für die gesammte Frage der zeitlichen Collision der Gesetze erblicken wollte.

Aus dieser falschen Stellung gingen dann nothwendigerweise sowol die praktisch-falschen Folgerungen hervor, die Savigny aus jenem Gedanken zog, als auch die nicht-begriffliche und schiefe Auffassung und die weder erschöpfende und kategorische noch richtige Entwickelung, zu welcher bei Savigny in seiner Formel vom Erwerb und vom Dasein der Rechte sich dieser in ihm arbeitende Gedanke verkümmert hat.

Dennoch wird es für jeden Denkenden klar sein, daß das Nachfolgende nur den in seinen eigenen Begriff erhobenen, nur den zu seiner eigenen Wahrheit gebrachten in Savigny thätigen Gedanken darstellt.

Das Gesetz, welches wir hier zu entwickeln haben und von dem wir später zeigen werden, wie es mit immanenter Nothwendigkeit aus dem von uns aufgestellten Begriffe der Nichtrückwirkung herfließt, ist folgendes.

Alle prohibitiven oder zwingenden Gesetze, so vielfach verschiedenen Inhalts sie auch sein mögen, können immer nur von zweierlei Art sein.

Sie können entweder bestimmen, daß ein bisher bestehendes bestimmtes Recht (Rechtsinhalt) überhaupt nicht mehr Eigenthum[1])

---

1) Es erhellt von selbst, daß wir dies Wort hier nicht in dem engen Sinne des dinglichen Eigenthums nehmen, sondern in jenem allgemeinern, in welchem Alles Eigenthum des Individuums genannt werden muß, was der ausschließenden Herrschaft eines individuellen Willens unterworfen werden kann; also in dem Sinne, in welchem das Allg. Landrecht das Eigenthum definirt, Th. 1, Tit. 8, §. 1: „Eigenthümer heißt derjenige, welcher befugt ist, über die Substanz einer Sache oder eines Rechts mit Ausschließung Anderer aus eigener Macht durch sich

des Individuums sein und durch keinerlei Willenshandlung dazu gemacht werden könne.[1])

Oder aber sie können das bestimmte Recht als ein solches, das Eigenthum des Individuums sein und dazu gemacht werden kann, fortbestehen lassen und nur die Frage betreffen, in welcher Form und unter welchen Bedingungen die Verbindung des Individuums mit dem Inhalte dieses Rechts erfolgen muß, um rechtmäßig und gültig zu sein.

Prohibitivgesetze der ersten Art, welche also verneinen[2]), daß ein Rechtsinhalt überhaupt noch vom Individuum zu seinem Eigenthum gemacht, seinem Privatwillen unterworfen werden könne (also Gesetze, welche einen Rechtsinhalt extra nostrum patrimonium erklären, s. Note 1), müssen sofort auf alle bestehenden Verträge und um so mehr auf alle andern Rechtsverhältnisse einwirken.

---

selbst oder einen Dritten zu verfügen." — Wir würden den Ausdruck „Vermögensrechte" anwenden, welcher gleichfalls ebenso dingliche wie obligatorische Rechte in sich schließt, wenn nicht Vermögensrechte blos Ansprüche materieller Natur bezeichneten, während, wie z. B. im Familienrecht, Eherecht u. s. w., auch Rechte ideeller Natur, die der väterlichen, eheherrlichen, hausherrlichen und der Personengewalt überhaupt entfließen, der ausschließenden Herrschaft des individuellen Willens unterworfen sein könnten.

1) Es ist also hier von Gesetzen die Rede, welche einen Rechtsinhalt, um an eine römische Eintheilung zu erinnern, *extra nostrum patrimonium* erklären. Denn es ist klar, daß die obige Unterscheidung auf demselben Gedanken beruht, welcher der römischen Eintheilung der Sachen in res quae in nostro patrimonio vel extra nostrum patrimonium habentur (Gajus, II, 1—11. Inst. de rerum divis., II, 1. D. de divis. rer. et qual., I, 8) zu Grunde liegt, nur daß diese von den Römern nur auf körperliche Sachen angewendete Eintheilung, analog der schon im Landrecht (s. die vorige Note) vorliegenden Erweiterung des Eigenthumsbegriffs, hier auch auf die persönlichen Rechte ausgedehnt worden ist. Die Eintheilung der Sachen in res quae in patrim. vel extra nostr. patr. habentur ist übrigens wieder identisch mit der Eintheilung in res quae in commercio und quae extra commercium sunt, worüber am Ende dieses Paragraphen.

2) Auf die Ausdrucksform des Gesetzes kommt es natürlich nicht an. Es kann ebenso gut ein zwingendes Gesetz in positiver Satzform sein, welches dann ebenso sehr verneinend ist, dadurch, daß es sein Gegentheil ausschließt. Es ist überflüssig zu wiederholen, daß wir unter prohibitiven oder zwingenden Gesetzen alle absoluten Gesetze verstehen, welche alles Abweichen des Privatwillens ausschließen.

Prohibitivgesetze der zweiten Art, welche ohne die Fähigkeit eines Rechts, zum individuellen Eigenthum gemacht zu werden, aufzuheben, blos jene Rechtsregeln betreffen, welche bestimmen, in welcher Form von Willenshandlungen und unter welchen Bedingungen derselben die Verbindung des Individuums mit jenem Recht erfolgen muß, um es zu seinem Eigenthum zu machen, dürfen niemals auf bestehende durch individuelle Willensaction vermittelte Rechtsverhältnisse einwirken.[1])

---

1) Es muß schon hier von selbst erhellen, inwieweit dem Obigen die Savigny'sche Formel von Gesetzen über den Erwerb und von Gesetzen über das Dasein der Rechte entspricht. In der That ist dieselbe dann ganz richtig, wenn man 1) ihre Gültigkeit lediglich auf die prohibitiven (absoluten) Gesetze beschränkt, und 2) sie in ihren oben entwickelten Begriff auflöst, wodurch dann erkannt wird, daß auch Wuchergesetze, Aufhebung der lex commissoria etc. etc. (siehe später) zu den Gesetzen über das Dasein der Rechte gehören, und endlich 3) genau festhält, daß auch prohibitive Gesetze immer nur vom Moment ihres Erscheinens an wirken, also der Fortwirkung eines früher vorhandenen Rechtszustandes von jetzt ab ein Ziel setzen, niemals aber früher vollbrachten individuellen Handlungen nachträglich eine Wirkung in der Vergangenheit beilegen können, die sie nach dem damaligen Gesetze nicht hatten, oder sie der Wirkung, die sie damals hatten, schon für die Vergangenheit berauben können — drei Punkte, deren Verkennung in der Savigny'schen Theorie innerlich auf das genaueste zusammenhängt. Daß aber, wenn die Savigny'sche Formel in ihren oben entwickelten Begriff aufgehoben wird, damit etwas ganz anderes aus ihr geworden, bedarf keiner weitern Klarlegung und zeigt sich eben am sinnlichsten schon darin, daß Gesetze, welche nach der Savigny'schen Formel zu den Gesetzen über den Erwerb der Rechte gehören, z. B. Wuchergesetze u. s. w., nach der obigen Begriffsbestimmung, weil sie einen Rechtsinhalt außerhalb des Eigenthums (extra patrimonium) erklären, vielmehr zu Gesetzen über das Dasein der Rechte werden. — Die Savigny'sche Formel von den Gesetzen über den Erwerb und über das Dasein der Rechte hat aber auch als bloße Verstandesabstraction das ewige Schicksal einer solchen, daß ihre Unterschiede verschwindende und haltlos ineinander übergehende sind, und also nicht einmal eine feste Grenze gegeneinander haben. Man hat dies merkwürdigerweise bei dieser Savigny'schen Eintheilung stets übersehen. Aber bei den Anwendungen (1. über Personenzustand, 2. jura in re) wird nachgewiesen werden, worauf hier Bezug zu nehmen genügt, daß dieselben Gesetze sich nothwendig, je nachdem man sich auf den Standpunkt des Individuums oder auf den des Gesetzes stellt, das eine mal als Gesetze über den Erwerb, das andere mal als Gesetze über das Dasein der Rechte darstellen, diese Formel also überhaupt nicht einmal zu einer Ein-

Um den Schein zu beseitigen, daß dieser kategorische Unterschied kein den Reichthum der Materie erschöpfender sei, oder zu Widersprüchen mit dem früher Gesagten führe, muß zuvörderst gleich hier ausdrücklich hervorgehoben werden, daß bei den Obligationen, weil diese ihre bestimmte juristische Natur nicht blos durch die Handlung empfangen, auf welche sie ein Recht gewähren, sondern ebenso sehr durch ihren Erwerbungsgrund, Gesetze, welche aufheben, daß aus diesem bestimmten Erwerbungsgrund eine Obligation überhaupt, oder eine Obligation von bestimmter Beschaffenheit hervorgehen könne, zu jenen Prohibitivgesetzen erster Klasse gehören, welche negiren, daß ein qualitativ-bestimmtes Recht überhaupt noch ferner existiren, unter die Herrschaft des individuellen Willens gebracht werden könne.

Denn die obligatorische Forderung hat erst an ihrem Erwerbungsgrund (Kauf, Darlehn, Entschädigung u. s. w.) ihre individuelle Natur und juristische Qualification, welche dem Rechte seine Bestimmtheit verleiht, es zu dem macht, was es ist. — Anders bei den dinglichen Rechten. Diese qualificiren sich lediglich durch die Bestimmtheit des Rechtsinhalts, auf welchen sie Anspruch gewähren, und des Rechtsobjects, das sie demselben unterwerfen. Hier sinkt daher der Erwerbungsgrund, ob z. B. Eigenthum durch Usucapion, Erbschaft, Kauf u. s. w. erworben worden sei, zum gleichgültigen Mittel, zur bloßen Form der erwerbenden Handlung zusammen.

Prohibitivgesetze über den Erwerbungsgrund gehören daher bei den Obligationen zu den Gesetzen erster, bei den dinglichen Rechten zu denen zweiter Art.

Nur dann wird der Rechtsgrund, aus welchem ein dingliches Recht hervorfließt, von Einfluß, wenn er auch wieder in dem Inhalte des Rechts als eine nähere Bestimmtheit desselben hervortritt. Dingliche Rechte waren z. B. im Deutschen Recht aus herrenschaftlichen Rechten (Oberhoheit,

---

theilung zu dienen vermag. — Gleichwol ist es nur das Walten des oben entwickelten Begriffs, das der Savigny'schen Formel in ahnender Verkümmerung zu Grunde liegt. Der Unterschied zwischen beiden ist nur derjenige, der immer stattfindet, wenn ein geistiger Inhalt statt in die Form des Begriffs erhoben zu werden, sich nur als abstracte Verstandesvorstellung erfaßt.

Erbunterthänigkeit u. s. w.) hervorgegangen. Dies scheint zunächst nur ein Erwerbungsgrund, und somit von der gleichgültigen Natur zu sein, welche bei dinglichen Rechten dem Erwerbungsgrund als solchem zukommt. Allein dieser Rechts- oder Erwerbungsgrund trat hier auch als eine nähere Qualification des constituirten dinglichen Rechts selbst an demselben hervor. Es war feudales[1]) Obereigenthum an dem Eigenthum (dominium utile) eines Andern. Oder es war Oberhoheit an seinem vollen Eigenthum. Dies qualitativ-bestimmte Recht sollte nicht mehr sein, war prohibirt, und somit waren auch solche Geldabgaben prohibirt, die an sich und aus anderm Rechtsgrunde noch sehr wohl ferner stipulirt werden konnten. Aber nicht in der äußerlichen Abgabe, in die sich die Befriedigung eines Rechts auflöst — fast alle Rechte lösen sich zuletzt freilich in Geld auf —, sondern in der angegebenen genauen Qualification dieses Rechtsinhalts lag die juristische Natur desselben. Hier war also der Erwerbungsgrund deshalb von Influenz, weil er sich an dem Rechtsinhalt selbst, durch welchen sich die dinglichen Rechte qualificiren, als eine nähere und jetzt untersagte Bestimmtheit derselben herausstellte. Grundstücke dagegen, zu deren Eigenthümer sich die Adelichen früher, wenn auch in feudalster und unrechtmäßigster Weise gemacht hatten, wurden ihnen durch die französische Revolution natürlich nicht entzogen und konnten es nicht werden, weil hier der feudale Erwerbungsgrund nicht mehr als nähere Bestimmtheit an dem constituirten dinglichen Recht fortlebte, sondern dies schlechtweg Eigenthum überhaupt geworden war. — So wird hier dem, was wir oben über den Einfluß des Rechtsgrundes gesagt haben, auch in Bezug auf dingliche Rechte nicht widersprochen, sondern dasselbe nur vervollständigt und tiefer begründet.

Zu welcher von jenen beiden Arten nun ein Prohibitivgesetz gehöre, wird bei nur einigermaßen genauer Erwägung seines bestimmten Inhalts und Zwecks niemals zweifelhaft sein können.

---

1) Wenn es nämlich aus feudalem Grunde u. s. w., nicht aus der Verleihung des Grundstücks unter Vorbehalt des dominium directum hervorgegangen war.

Ehe wir aber nachweisen, mit welcher innern begrifflichen Nothwendigkeit der angegebene Unterschied aus unserer gesammten Theorie hervorfließt, sich aus ihr rechtfertigt und wieder wechselweise ihr Bestätigung verleiht, wollen wir denselben zuvor durch einige concrete Beispiele zur Anschaulichkeit bringen.

Ein Gesetz also, welches den Uebertrag von Eigenthum ohne Tradition oder Schenkungen ohne Insinuation für ungültig erklärt, darf trotz seiner prohibitiven Natur auf früher geschlossene Kaufverträge und Schenkungen nicht einwirken. Denn es hebt nicht das Recht des Individuums auf, das Eigenthum an solchen Objecten zu erwerben, sondern betrifft nur die Frage, in welcher Form diese Verbindung zu geschehen hat. Dies gilt natürlich für alle Gesetze über die äußere Form und Gültigkeit von Handlungen.

Ebenso wenn durch ein neues Gesetz Frauen für unfähig erklärt werden, ohne Autorisation des Ehemannes, Söhne ohne väterliche oder vormundschaftliche Einwilligung, oder wenn Personen selbst überhaupt und unter allen Umständen für unfähig erklärt werden, bestimmte oder alle Arten von Obligationen gültig zu contrahiren, so wirken diese prohibitiven Gesetze auf die bereits gethätigten Obligationen nicht ein. Denn so lange das Individuum den Anspruch auf eine bestimmte Art von Leistungen Anderer zu seinem rechtlichen Eigenthum machen kann, so lange haben die Gesetze, welche die Bedingungen feststellen, unter welchen derselbe auf gewisse Personen, oder selbst die Klassen von Personen, auf die er überhaupt erlangt oder nicht erlangt werden kann, immer nur die Natur, über die bestimmten Formen und Modalitäten zu handeln, unter welchen der noch als möglich anerkannte Anspruch auf diese bestimmte Art von Leistungen gültig zum individuellen Eigenthum gemacht werden kann. Sie handeln also immer nur über den Erwerb, nicht über das Dasein des Rechts in unserm Sinne. Gesetze also, wie das Sc. Macedonianum oder Vellejanum, selbst wenn sie wahrhaft prohibitive Gesetze sind, was jedenfalls das letztere nicht ist, weil den Frauen erlaubt war, gleich im Bürgschaftsact auf den Schutz dieses Senatusconsults zu verzichten, kurz, alle Gesetze über die persönliche Handlungsfähigkeit überhaupt können nie-

mals auf frühere Verträge einwirken. Ebenso wenn ein Gesetz Erbschaft überhaupt oder Vererbung einer bestimmten Art von Objecten aufhebt, so wirkt dasselbe selbstredend auf die früher bereits erlangten Erbschaften nicht ein. In der That ist Erbschaft nur ein bestimmter Erwerbungsgrund, ein Eigenthum zu erlangen: durch Fortsetzung der Personenidentität nach dem Tode. Durch andere Handlungen, durch Kauf, Occupation, Usucapion u. s. w. kann noch Eigenthum, und zwar Eigenthum an diesen Objecten, erworben werden.

Wenn aber ein Gesetz Eigenthum überhaupt oder Eigenthum an bestimmten Objecten aufhebt, so ist nun die ganz selbstredende Folge, in der niemand eine Rückwirkung finden kann, daß alle diese auch durch frühere Erbschaften erworbenen Objecte, ebenso gut wie die durch Kauf oder irgendwie erworbenen, von jetzt ab aus dem Eigenthum der Individuen herausfallen. Es ist diesen Rechtsobjecten eben die Möglichkeit abgesprochen, eigenthümlich besessen zu werden.

Alle die früher von uns analysirten Gesetze über Fideicommisse, Feudallasten, unablösliche Renten u. s. w. gehören nun zu diesen Gesetzen, welche dies aufheben: daß ein bestimmtes Recht überhaupt in der Eigenthumssphäre des Individuums sein könne — und haben deshalb nothwendig die sofortige Abrogation der weitern Wirkung solcher auch durch frühere Verträge gesetzten Rechte zur Folge. Ein Gesetz, welches fideicommissarische Substitutionen verbietet, löst sich auf in ein Gesetz, welches aufhebt, daß die Befugniß, durch graduirte Vererbung[1]) spätere Generationen an der freien Disposition von Todes wegen wie unter Lebenden, oder spätere Gesetze in ihrer freien Verfügung über Intestaterbfolge, zu beschränken, mit in das Eigenthumsrecht des testirenden Sacheigenthümers hineinfalle. Es leugnet, daß ein Recht auf solche Bestimmung irgend rechtliches Eigenthum eines Individuums sein könne. Es erklärt also ein früher eigenthümlich besessenes Recht außerhalb des Eigenthums, extra nostrum patrimonium, i. e. außerhalb der Herrschafts-

1) resp. durch Uebertragung des Eigenthums auf noch ungeborene Generationen, s. über die Familienfideicommisse des deutschen Rechts sub III, Anwendungen, II B.

sphäre des individuellen Willens, und entzieht ihm so die Fähigkeit, überhaupt noch besessen zu werden.

Ein Gesetz, welches die aus feudalem Ursprung hervorgehenden Rechte prohibirt, negirt, wie wir sahen, daß ein Recht auf Oberherrlichkeit über andere Personen oder ihre Güter zum individuellen Eigenthum gemacht werden könne.

Ein Gesetz, welches die Unablöslichkeit von Diensten, von Natural- oder Geldrenten untersagt, leugnet, auf seinen letzten Grund reducirt, daß jene Beschränkung der menschlichen Handlungsfreiheit, welche in der Verpflichtung eines Individuums zu perpetuellen Handlungen einer bestimmten Art — ohne das Recht desselben, diese Verpflichtung in einen Schadensersatz aufzulösen —, vorliegt, zum rechtlichen Eigenthume eines andern Individuums werden könne.

Aus diesem Grunde, weil sie ein bisheriges Recht außerhalb des Privateigenthums erklären, ihm die Fähigkeit, Eigenthum zu sein, überhaupt entziehen [1]), müssen diese

---

1) So parador diese Behauptung auf den ersten Blick auch erscheinen mag, so besteht dennoch im allgemeinen der culturhistorische Gang aller Rechtsgeschichte eben darin, immer mehr die Eigenthumssphäre des Privatindividuums zu beschränken, immer mehr Objecte außerhalb des Privateigenthums zu setzen. Und wenn eine wahrhafte Rechtshistorie vom culturhistorischen Standpunkt aus geschrieben werden sollte, so müßte dies einer der hauptsächlich leitenden Gedanken sein. Freilich ist dies noch nie versucht worden. In der Regel macht man sich auch die richtige Betrachtung ganz unmöglich, indem man sich durch die dialektische Natur der einzelnen Folgerungen täuschen läßt, statt auf den Grund zu gehen. So hält man z. B. Abschaffung der Fideicommisse immer für eine Vermehrung der Freiheit des Eigenthums, für eine Aufhebung seiner Beschränkungen. Dies ist aber nur als factische Folge der Fall und äußert sich so für das Bewußtsein derer, die sie wünschen. Der Sache nach ist es, wie oben gezeigt, vielmehr die Aufhebung der Eigenthumsfreiheit des Eigenthümers, diese und jene Bestimmung über sein Eigenthum treffen zu können, vermindert also den Umfang des Eigenthumsrechts. Oder man faßt in der Regel die Periode und Herrschaft der freien Concurrenz als eine solche, durch welche das Eigenthum erst zu seiner vollen und wahren Freiheit und Entwickelung gekommen sei. Man qualificirt sie so, und „unbeschränkte Freiheit des Eigenthums" pflegt das Stichwort derer zu sein, welche diese Richtung führen. Diese Seite ist ver-

Gesetze unterschiedslos auch auf die bestehenden Rechts- und Vertragsverhältnisse eingreifen.

---

möge der allen Begriffsbestimmungen zukommenden Dialektik in den realen Folgen in der That auch vollständig da und nicht zu leugnen. In ihrem innersten Grunde genommen beruht aber die Einführung der freien Concurrenz und die Aufhebung der Monopole und Zünfte vielmehr auf dem Gedanken, daß ein ausschließendes Recht auf Gewerbebetrieb und Absatz, d. h. ein Recht darauf, daß andere Personen an sich erlaubte Handlungen nicht vornehmen dürfen, unmöglich Privateigenthum des Individuums sein könne. — Wie sehr auch der angegebene Gedanke der zunehmenden Aufhebung des Privateigenthumsumfanges als eines wirklichen Gesetzes der culturhistorischen Bewegung des Rechts auf den ersten Anschein zum Widerspruch reizen und für paradox gehalten werden kann, so sehr bewährt er sich bei eingehender detaillirter Betrachtung, obwol statt solcher hier nur einige sehr oberflächliche Blicke hingeworfen werden können.

Es ist natürlich, daß der Mensch am Anfang der Geschichte, wie das Kind noch heute, nach allem seine Hände ausstreckt, alles als sein setzt und keine Grenze kennt für den Umfang seiner Privatwillkür. Erst spät und in immer vorschreitendem Maße lernt er dieselbe finden. Der Fetischdiener zerbricht noch seine Idole, wenn sie ihm den Willen nicht erfüllen, und behandelt so selbst seine Götter als sein Eigenthum! Früh wurden die sacra der Privatwillkür entzogen, aber noch lange blieb der Mensch selbst Eigenthumsgegenstand des andern Menschen. Das Leben des im Kriege Ueberwundenen wird zum Eigenthum des Siegers, und dies Eigenthumsrecht erhält sich noch lange in unbedingter, dann in bedingter Weise beim Sklaven. Das Eheweib ist ein Eigenthum, wird gekauft (vgl. noch die römische coemptio, conventio in manum etc.), die Kinder sind Eigenthum des Vaters, der sie nach der Strenge des alten Rechts tödten kann, und der insolvente Schuldner wird mit Freiheit, Leib und Leben zum Eigenthum des Gläubigers.

Das Recht der Eigenthumsverfügung ist selbst der Familie gegenüber das unbeschränkte vollständiger Enterbung. Die mählich entstehenden Gesetze über Pflichttheile bei Vermächtnissen und Schenkungen sind ebenso viele Beschränkungen und Aufhebungen von Eigenthumsrechten. Die Sklaverei mildert sich zur Leibeigenschaft, das Eigenthumsrecht an dem Leben des Menschen vermindert sich zu einem Eigenthum an seiner lebenslänglichen Arbeitskraft, zu einem Recht auf lebenslängliche und totale Ausnutzung desselben. Die Leibeigenschaft vermindert sich zur Hörigkeit in verschiedenen Abstufungen, d. h. das Eigenthumsrecht an der totalen Arbeitskraft des Andern fällt fort und mindert sich zu einem Eigenthumsrecht an einer bestimmten Art der Benutzbarkeit des Hörigen und an einem bestimmten Theile seiner Arbeitskraft und Zeit, woneben er jetzt also auch für sich erwerben kann. Das jus primae noctis ist schon die Aufhebung des beständigen Eigenthumsrechts an dem Leib der Sklavin und die Beschränkung desselben auf ihre Jungfrauenblüte. — Das Mittelalter ist eben die Periode, wo, ohne daß

Es ist bereits in dem Bisherigen enthalten und bedarf nur scharfer Hervorhebung, daß es nothwendig ist, daß das zu pro-

---

Sklaverei mehr vorhanden ist, der menschliche Wille nach allen seinen drei Momenten (Allgemeinheit, Einzelheit, Besonderheit) als Privateigenthum gesetzt werden kann. Denn es ist die Periode, wo erstens die Allgemeinheit des Willens oder der öffentliche Wille in den verschiedensten Abstufungen als Privateigenthum vorhanden ist: in den an den Grundbesitz geknüpften Souveränetätsrechten und der Theilnahme an solchen, in den mannichfachen andern öffentlichen und staatlichen Privilegien der verschiedenen Stände und Klassen; in den durch Erbschaft und Kauf eigenthümlichen öffentlichen Aemtern; es ist die Periode, in welcher, da, wie sich ein französischer Rechtshistoriker richtig ausdrückt, „das feudale Eigenthum die Anmaßung hatte, alles umfassen zu wollen, Luft und Wasser, öffentliche und religiöse Dinge", Fürsten sogar über die Erbfolge in die Regierung ihrer Länder beliebig testiren (vgl. z. B. die Testamente bei Sismondi, Histoire des Français, VII, 328 fg., und in den Preuves de l'Histoire de Lorraine par Dom Calmet, III, 277 fg.); es ist ferner die Periode, wo zweitens der individuelle Wille als Privateigenthum da ist, in der persönlichen Unfreiheit in allen ihren Abstufungen der Leibeigenschaft und Hörigkeit, ja selbst bei persönlich Freien z. B. die beliebige Freiheit der Verheirathung einer weiblichen Lehnsnachfolgerin, und selbst männlicher Nachfolger in dasselbe, in das Eigenthum des Lehnsherrn gesetzt erscheint, und wo drittens endlich auch, und zwar bei dem Freien, die Besonderheit seines Willens (welche Beschäftigung und Gewerbe er nicht ergreifen darf, wo er seinen Absatz suchen, wo seinen Bedarf einkaufen muß) in der Monopol- und Zunftordnung, den Bann- und Zwangsgerechtigkeiten u. s. w. als Privateigenthum Anderer gesetzt wird. Dies, daß der menschliche Wille hier nach allen seinen drei Momenten hin als Privateigenthum gesetzt werden kann, ist es, was in rechtsphilosophischer Hinsicht das Mittelalter charakterisirt.

Da der Wille nach allen seinen drei Momenten als Eigenthum erscheint, kann somit unter diesem System alles Mögliche zum Eigenthum erhoben werden, und die Unfreiheit ist die totale. Und gerade wieder weil hier alles Mögliche, ja der Wille selbst, zum Eigenthum werden kann und eine Schranke hierfür gar nicht existirt, entspringt hieraus gerade und ist nur von hieraus zu begreifen die dem Mittelalter eigenthümliche Getheiltheit des Eigenthumsrechts. Wenn nämlich bei der spröden Exclusivität der freien römischen Individualität kein solches, auch an sich zulässiges Recht auf eine Sache, Eigenthumsrecht sein kann, welches erst durch den individuellen Willen eines andern Individuums, des Sacheigenthümers selbst, hindurchgehen und ihn sich unterwerfen müßte, solche Rechte sich vielmehr in Rom sofort nur als persönliche Forderungen darstellen, kann hier, im germanischen Mittelalter, weil hier eben der freie menschliche Wille selbst als Eigenthum gesetzt werden kann, nun

hibirende Recht, dasselbe aber in seiner genauen juristischen Bestimmtheit genommen, durch keinerlei individuelle Wil=

---

auch ganz unbefangen jedes solche Recht zu einem dinglichen Eigenthum werden, welches zu seiner Operation erst durch den Willen eines andern Eigenthümers hindurchgehen und diesen sich unterwerfen muß. Die langen und trostlosen Versuche der Germanisten, den germanischen Eigenthumsbegriff mit dem römischen zu versöhnen, ihre kläglichen und gequälten Anstrengungen, den erstern auch nur irgend zu begreifen, ihre Eingeständnisse, daß ihnen derselbe eine „contradictio in adjecto" sei, da sie immer und stets unbewußt von dem römischen Begriff des untheilbaren Eigenthumsrechts und dem Begriff der römischen individuellen Willensfreiheit ausgingen, zerfallen von hier aus in ihr Nichts, und lassen nun deutlich ihre Ungründlichkeit und die Nothwendigkeit ihres Mislingens hervortreten. Keinem ist eingefallen, daß, was doch so nahe lag, wenn der Eigenthumsbegriff eines Volkes bestimmt werden soll, zuvor auf den Willensbegriff dieses Volkes zurückgegangen und dieser untersucht werden muß. Keinem ist eingefallen, daß der Willensbegriff selbst bei den verschiedenen Völkern ein verschiedener ist und zwar die ganze Verschiedenheit ihres historischen Geistes in sich enthält. Denn sonst hätte ihnen freilich wol auch einfallen müssen, an jenen urgermanischen Zug zu denken, den uns schon Tacitus berichtet, daß Freie sich selbst zu Sklaven veräußern können (German., c. 24), während kein Römer sich durch Vertrag zum Sklaven eines Andern veräußern konnte. „Conventio privata neque servum quemquam, neque libertum alicujus facere potest", L. 37 de lib. caus. (40, 12). Nichts ist bezeichnender und lehrreicher als die Weise, in welcher der überraschte Römer seine Verwunderung darüber ausdrückt, daß der Germane, der sich im Spiel veräußert hat, wenn er auch jünger, wenn er auch stärker ist, dennoch leidet, daß er gebunden und als Sklave behandelt wird: „quamvis juvenior, quamvis robustior, adligari se ac venire patitur; *ea* est in *re prava pervicacia — ipsi fidem* vocant" — „so groß ist ihre hartnäckige Ausdauer in einer schlechten Sache — sie selbst aber nennen es fides, Treue gegen die eingegangene Verpflichtung" — fügt er hinzu, Worte, die durch den sich in ihnen aussprechenden Gegensatz den tiefsten Einblick in die Physiologie des germanischen Geistes und daher in seine Rechtsentwickelung und politische Geschichte zugleich gewähren. Denn wenn der germanische Willensbegriff der ist, daß die individuelle Willkür die Befugniß hat, durch ihr Schalten und Verpflichten über die eigene totale Willensfreiheit zu verfügen und sie zum Eigenthum eines Andern zu machen, so ist es klar, daß sie ebenso gut einen partiellen Umfang derselben, eine bestimmte Willensaction, zu der sie sich — überhaupt oder in Bezug auf ein bestimmtes Object — verpflichtet, zum rechtlichen Eigenthum eines andern individuellen Willens machen kann. Nicht nur also die Benutzung eines Grundstücks, das einem fremden Eigenthümer gehört und dessen Benutzung sich also doch immer nur durch den

lenshandlung fernerhin zu erlangen sein darf, wenn das prohibitive Gesetz auch auf die schon bestehenden, durch individuelle

---

zulassenden Willen des Eigenthümers vermittelt, im System des Römischen Rechts sich also als persönliche Forderung charakterisirt, sondern sogar die bestimmte Benutzungsart, in der er selbst es auszubeuten hat, kann (durch eine auf Hafer, auf Klee u. s. w. lautende ewige Rente) zu meinem perpetuirlichen dinglichen Eigenthum werden. Ober- und Untereigenthum, Nutzungs- und Sacheigenthum fallen daher in den mannichfaltigsten Formen auseinander und erzeugen die allen landwirthschaftlichen und industriellen Fortschritt hemmende Division des Eigenthumsrechts.

Die französische Revolution ist, was schon durch die früher gegebene Analyse einiger besonders wichtigen aus ihr hervorgegangenen Gesetze klar sein muß, nur die Aufhebung jenes Privateigenthums an den drei Momenten des menschlichen Willens, wie jeder große Culturfortschritt stets in einer Verminderung des Eigenthumsumfangs besteht. — Es braucht wol nicht erst näher hervorgehoben zu werden, daß der Begriff Eigenthum hier in seinem wahren Sinne genommen ist, als ausschließendes Privateigenthum des besondern Individuums. Was dem Einzelnen als solchem, also jedem Einzelnen ohne Unterschied gehört, ist nicht mehr Eigenthum, wie dies schon die Römer wußten, und zeigt sich hier nur wieder die Identität des begrifflichen Moments der Einzelheit und des Allgemeinen.

Es liegt nicht von dieser Erörterung ab, zu bemerken, daß wenn man die gegenwärtige Periode als diejenige des Individualismus zu bezeichnen und diese Bezeichnung als den Charakter des Liberalismus zu denken pflegt, dies zwar im Sprachgebrauch eine solche Geltung erhalten hat, daß dagegen nicht aufzukommen sein wird, daß es aber dennoch durchaus unrichtig ist. Wahrer Individualismus würde sich vielmehr sehr revolutionär nicht nur gegen die noch bestehenden Einrichtungen, sondern auch gegen die Tendenzen unsers sogenannten Liberalismus verhalten (man denke nur z. B. an Fichte). Das, wogegen die tiefer gehenden Strömungen unserer Zeit gerichtet sind und woran sie sich noch abquälen, ist nicht das Moment des Individuellen — dieses würde vielmehr mit eben solcher Consequenz auf ihrer Seite stehen wie das des Allgemeinen —, sondern es ist der noch aus dem Mittelalter mit herübergebrachte und uns immer noch im Fleische haftende Knorren der Besonderheit. Denn zum Knorren wird dies Moment da, wo es außerhalb des Umkreises der auch ihm zukommenden begrifflichen Berechtigung — also außerhalb der Sphäre alles dessen, was mit Recht dem reinen Belieben und der bloßen Privatwillkür unterliegt — sich Geltung verschaffen will. Der Liberalismus will die Rechte, die er will, politische, wie das Wahlrecht, oder sociale, wie das in der Gewerbefreiheit liegende Recht auf freie Bethätigung der Arbeitskraft, nie für das Individuum, sondern immer nur für das in besonderer Lage befindliche, so und so viel Steuern zah-

Handlungen begründeten Rechtsverhältnisse einwirken dürfen soll. Der Grund ist sehr einfach. Ist dasselbe Recht auch fernerhin

---

lende, mit Kapital ausgerüstete u. s. w. Individuum; also immer nur für den Besondern!

Gegenwärtig steht nun Europa besonders an folgenden zwei sehr interessanten Eigenthumsfragen!

Die orientalische Despotie und die europäische absolute Monarchie unterscheiden sich bereits in rechtlicher Hinsicht im allgemeinen gerade so, daß dort auch die privatrechtlichen Verhältnisse der Individuen Eigenthum des Herrschers sind, hier aber nur, was zur Competenz des öffentlichen Willens gehört, das mehr oder weniger ausschließliche Eigenthum einer bestimmten Familie ist.

In politischer Hinsicht steht nun Europa an der Aufhebung dessen, daß der öffentliche Wille einer Nation Eigenthum einer Familie sein könne.

Dies ist vorläufig nur in Frankreich erreicht, nicht nur in den Principien der französischen Revolution, sondern auch trotz mannichfach entgegenstehenden Scheines in der Wirklichkeit. Dies zeigt sich daran, daß seit siebzig Jahren keine Familie mehr in Frankreich Dynastie machen konnte; ferner daran, daß auch unterdrückende Herrscher daselbst gezwungen sind, sich auf die Volkswahl statt auf ein Eigenthumsrecht, als den Titel ihrer Stellung zu berufen und so nur als zeitliche, wie immer auch beschaffene und verfälschende Träger, nicht Eigenthümer, des nationalen Willens erscheinen; drittens dadurch, daß dieselben genöthigt sind, auch im Auslande dies Princip, daß der öffentliche Wille einer Nation nicht Familieneigenthum sein könne, gleichviel mit welcher Halbheit und welchen Widersprüchen, zu vertreten (Nationalitätsprincip).

In Deutschland nimmt diese Frage eine noch viel intensivere Gestalt an, indem hier nicht nur der Inhalt des Volkswillens, sondern sogar dies, daß überhaupt kein deutsches Volk da sei — ein Recht auf Zertheiltheit des Volksgeistes —, als das Eigenthumsrecht mehrerer Familien behauptet wird!

In socialer Beziehung steht die Welt an der Frage, ob heute, wo es kein Eigenthum an der unmittelbaren Benutzbarkeit eines andern Menschen mehr gibt, ein solches auf seine mittelbare Ausbeutung existiren solle, d. h. gründlich: ob die freie Bethätigung und Entwickelung der eigenen Arbeitskraft ausschließliches Privateigenthum des Besitzers von Arbeitssubstrat und Arbeitsvorschuß (Kapital) sein und ob folgeweise dem Unternehmer als solchem, und abgesehen von der Remuneration seiner etwaigen geistigen Arbeit, ein Eigenthum an fremdem Arbeitswerth (Kapitalprämie, Kapitalprofit, der sich bildet durch die Differenz zwischen dem Verkaufspreis des Products und der Summe der Löhne und Vergütungen sämmtlicher, auch geistiger Arbeiten, die in irgendwelcher Weise zum Zustandekommen des Products beigetragen haben) zustehen solle.

Das Wort: „Emancipiren", welches man jetzt in einem verwischten

noch durch irgendeine andere Willenshandlung zu erwerben, so richtet sich die Prohibition des Gesetzes gar nicht gegen das

---

und den Sprechenden undeutlichen Sinne auf jedes Freiheitsbestreben anzuwenden pflegt, ist gerade dann ganz zutreffend, wenn man es in seinem ursprünglichen strengen Sinne auffaßt: e mancipio, außer dem Eigenthum erklären. —

Daß der Culturgang der Rechtsentwickelung in der That in dieser fortschreitenden Verminderung des Eigenthumsumfanges besteht, was hier nur in sehr flüchtigen Umrissen angedeutet worden ist, läßt sich im genauen und einzelnen nur bei einer ebenso eindringenden und kritischen Kenntniß der ökonomischen Gesetze und Verhältnisse jeder Zeit, wie der juristischen, und nur durch das detaillirteste Eingehen auf die Zustände der verschiedenen Geschichtsperioden darlegen. Bereits aber muß durch diese kurze Ausführung dies von uns aufgezeigte Gesetz der geschichtlichen Bewegung seinen ursprünglichen Anschein von Paradoxie völlig verloren haben, und es muß bereits deutlich geworden sein, wie diese fortschreitende Verminderung des Privateigenthumsumfanges auf nichts anderm als der positiven Entwickelung der menschlichen Freiheit beruht und hier nur zu seiner Realisirung gekommen ist, was wir schon S. 207 angedeutet haben. Wir machten daselbst bereits darauf aufmerksam, wie gerade die positive Entwickelung der Freiheitsidee zur Folge haben müsse, daß in immer fortschreitender Steigerung ein früher als veräußerlich gedachter Theil der menschlichen Freiheit — auch von den Juristen schon Privatwillkür genannt — sich jetzt als zur unveräußerlichen Freiheit des Menschen gehörig bestimmt [weshalb er nun als der sittlichen Idee und dem öffentlichen Recht entflossen angesehen und durch absolute (zwingende) Gesetze geregelt wird], sodaß nun durch keine Willenstransaction mehr und ebenso wenig durch Facta, die wie eine solche wirken, z. B. Krieg, Geburt, Abstammung, Gewerbe u. s. w., dieser früher veräußerliche Theil der menschlichen Freiheit ferner veräußert werden oder veräußert bleiben kann. Daß dies eine stetige Vermehrung der menschlichen Freiheit ist, ist von selbst evident; denn vermindert und beschränkt wird dadurch eben nur die Willkür — die eigene oder die fremde —, das positive Wesen der Freiheit zu negiren. Diese Entfaltung und Vermehrung der Freiheit ist es nun aber, welche sich, in Bezug auf das Verhältniß der Einzelnen untereinander, nothwendig als eine Beschränkung dessen, was der ausschließenden Willensherrschaft besonderer Individuen unterworfen werden kann, ausdrücken und sich somit als eine Verminderung des Privateigenthumsumfanges darstellen muß und wirklich darstellt, wie die vorstehende Skizze gezeigt hat.

Ganz parallel der angegebenen Bewegung der Rechtshistorie, immer mehr Inhalt aus der Eigenthumssphäre herauszuwerfen, läuft in der ökonomischen Entwickelung die genau entsprechende Tendenz, immer mehr Factoren der Production und resp. die Producte selbst in immer

Recht selbst, das ja noch fortwährend erzeugt werden kann, sondern nur gegen diese oder jene besondere Art seiner Erwerbung. Es gehört dann also zu der zweiten von den oben unterschiedenen Arten von Prohibitivgesetzen, die, weil sie gar nicht dem Recht die Fähigkeit, zum individuellen Eigenthum gemacht zu werden, absprechen, auch nicht auf ein solches, gleichviel durch welche andere Willensactionen, bereits erworbenes Eigenthumsverhältniß einwirken (s. oben S. 252 fg.).

Nehmen wir z. B. an, daß ein Gesetz die Großjährigkeit auf 24 Jahre fixirt, zugleich aber bestimmt, es solle schon bei zurückgelegtem zwanzigsten Jahre sowol durch Heirath als auch durch Führung einer besondern Wirthschaft die Großjährigkeit erworben werden können. Es erscheint nun ein Gesetz, welches fortbestehen läßt, daß nach dem zwanzigsten Jahre durch Heirath Großjährigkeit erworben werde, aber dies aufhebt, daß sie durch bloße Führung einer besondern Wirthschaft erworben werden könne. Wie prohibitiv dies Gesetz auch gefaßt sein möge, es kann nicht einwirken auf diejenigen, welche sich bereits in dieser Weise Großjährigkeit erzeugt haben. Denn da es die Erwerbung derselben durch Heirath offen läßt, so wäre die Einwirkung auf die Großjährigkeit jener andern eine Rückwirkung auf die besondere Handlung, durch welche sie sich die Großjährigkeit constituirt haben.

Wenn aber ein Gesetzgeber von der Ansicht ausgeht, daß die mit der Großjährigkeit gegebene Handlungsfähigkeit ausschließlich ein Product der nur mit dem natürlichen Alter eintretenden Reife der Vernunft sein dürfe und deshalb schlechterdings durch keinerlei individuelle Willenshandlung erworben und anticipirt werden könne, so wird durch ein solches Gesetz auch jenen schon verheiratheten oder eine besondere Wirthschaft

---

größerm quantitativen Umfang aus der ökonomischen Eigenthumssphäre, der Entgeltlichkeit, in diejenige der Unentgeltlichkeit (gratuite, communauté) hinüberzuwerfen [(durch Reduction des Verkaufspreises auf den Kostenpreis und die beständige Verminderung der Erzeugungskosten), ein an sich ganz richtiger Grundgedanke, welchem Bastiat in seinen Harmonies économiques wegen des ihm mangelnden kritischen Verständnisses der ökonomischen Kategorien eine ganz falsche und einseitige Ausführung gegeben hat.

führenden Zwanzigjährigen die bisherige Majorennität wieder entzogen werden. Es wird dies deshalb ohne Rückwirkung eintreten können, weil nach der Anschauung des jetzigen Gesetzes Majorennitätsrecht überhaupt gar nicht erworben werden kann. Denn das Eintreten desselben durch das erreichte Alter ist, wie früher bereits bemerkt (S. 73), da das Alter kein Product einer Willensaction ist, keine Erwerbung, sondern immer nur ein Vorhandensein; nicht ein vom Individuum sich constituirtes Eigenthum, sondern eine blos infolge des Gesetzes daseiende Befugniß. Diejenigen aber, welche sich durch individuelle Handlungen Großjährigkeitsrecht erworben haben, können dasselbe unmöglich auf länger beanspruchen, als der Gesetzgeber dasselbe als ein überhaupt des Erworbenwerdens fähiges ansehen wird. [1])

Der Grund aber, warum nur die Prohibitivgesetze der ersten Art sofort einwirken dürfen, dieser Grund, von welchem die soeben betrachtete factische Bestimmung, daß jedes Prohibitivgesetz, welches noch übrig läßt, dasselbe Recht noch durch andere Willenshandlungen zu erwerben, zu den Prohibitivgesetzen der zweiten Art gehört, nur eine Anwendung ist, — dieser Grund ist, weit entfernt ein äußerer Reflexionsgrund zu sein, nichts anderes als die consequente und systematische Folge unserer gesammten Theorie. Er ist nichts anderes als der durch jenen Begriff der individuellen Willensfreiheit selbst, durch dessen alleinige Operation wir bisher die ganze Theorie entwickelt haben, mit Nothwendigkeit gegebene Unterschied.

Denn wenn in der Abrogation der weitern Dauer eines stipulirten Rechts durch ein dieses Recht überhaupt abolirendes

---

1) Hier vervollständigt sich also das von uns in §. 1, S. 73—76, Gesagte. Die bloße Verschiebung des natürlichen Großjährigkeitsalters, z. B. von 21 auf 24 Jahr, ändert also nichts an der Großjährigkeit der für majorenn Erklärten, so lange irgendeine solche Erwerbung der Majorennität durch Handlungen, vormundschaftliche Erklärung vor dem natürlichen Alter u. s. w. gesetzlich zulässig bleibt. Umgekehrt kann ohne daß der Alterstermin der Großjährigkeit geändert würde, allen durch Handlungen (Erklärungen u. s. w.) großjährig Gewordenen das Majorennitätsrecht wieder entzogen werden, wenn der Gesetzgeber der Ansicht ist, daß dasselbe durch nichts anderes als das natürliche Alter eintreten kann.

Gesetz keine Verletzung der Willensfreiheit, keine Denaturirung einer individuellen Handlung liegt, weil logisch und rechtlich Wille und Handlung von vornherein ein Recht, vermöge der Natur der Rechtssubstanz selbst, nur auf so lange ergreifen und dem Individuum sichern können, wie dieser Rechtsinhalt im gesammten Rechtsbewußtsein ein mögliches Dasein bewahren und nicht als schlechthin unzulässig ausgeschlossen sein wird, wenn also hierin statt einer Denaturirung der Handlung nur die nothwendige Einschränkung derselben auf die ihr logisch von Haus aus gesetzte Grenze ihrer Wirksamkeit vorliegt, so würde dagegen die Anwendung von Prohibitivgesetzen der zweiten Art auf Rechtsverhältnisse, die durch den individuellen Willen vermittelt sind, eine wahrhafte Denaturirung individueller Handlungen und somit eine durchaus unzulässige Rückwirkung in sich schließen.

Denn Prohibitivgesetze dieser Art erklären nicht ein Recht überhaupt als aus der Rechtssphäre herausgefallen und unfähig, individuelles Eigenthum zu sein. Sie lassen vielmehr dasselbe noch fortbestehen und noch weiter durch individuelle Willenshandlungen erworben werden, und schließen nur besondere Bestimmtheiten von Willenshandlungen von der Fähigkeit dieses Rechtserwerbes aus. Solche Prohibitivgesetze lösen sich also auf in ein negatives Urtheil des Geistes über die Gültigkeit und Wirksamkeit besonderer individueller Handlungen. Wenn aber das Individuum die Dauer des erworbenen Rechts dem prohibitiven Urtheil des allgemeinen Geistes unterwerfen muß, so ist es dagegen logisch ganz unmöglich, daß es die besondere Beschaffenheit seiner momentanen erwerbenden Handlung einer andern Norm unterwerfe, als der zur Zeit dieser Handlung vorhanden gewesenen. Hier würde also, solange dasselbe qualitativ-bestimmte Recht durch andere Willenshandlungen überhaupt noch erworben werden kann, mit voller Kraft der Rückwirkungsvorwurf seitens des Individuums aufwachen (s. S. 56 und 230 fg.): es würde, falls es dies gewußt hätte, das Recht unter jenen andern, es noch heute erwerbenden Formen und Bedingungen sich constituirt haben. Hier entsteht also jener Vorwurf, menschliche Freiheit und Zurechnungsfähigkeit forcirt zu haben, der aus den entwickelten Gründen nur dann

nicht entsteht, wenn keine Willenshandlung mehr zur Erwerbung dieses qualitativ-bestimmten Rechts führen kann! Er entsteht hier, weil die Prohibition sich hier gar nicht gegen den Inhalt des Rechts, sondern nur gegen die besondere Handlung richtet. Er entsteht hier, weil die erwerbende Handlung als solche, als ein in der Zeit Vorübergehendes, nur während ihrer Vollbringung an die Gemeinsamkeit mit dem gesammten Rechtsbewußtsein des Volks gebunden und also nur den zeitigen Prohibitivbestimmungen unterworfen bleibt, während der ergriffene Rechtsinhalt selbst, als ein für alle Zeiten Dauerndes, daher für alle Zeiten an diese Gemeinsamkeit gewiesen und deshalb den Prohibitivgesetzen aller Zeiten unterworfen bleibt.

Zugleich folgt aus dem angegebenen Begriffsunterschied, und schon aus dem begrifflichen Grunde der Einwirkung prohibitiver Gesetze überhaupt, daß diese selbstredend erst von der Zeit ihres Erscheinens ab die Fortdauer des prohibirten Rechts aufheben, daß somit alle dem Gesetze bereits vorausgegangenen rechtlichen Folgen bestehen bleiben. Eine Auslöschung derselben würde wieder nothwendig Rückwirkung in sich schließen, da sich das Individuum nur unterworfen hat und unterwerfen mußte dem Nichtdasein seines Rechts vom Tage ab seiner Exclusion durch das allgemeine Rechtsbewußtsein.

Erst gegenwärtig liegt die Theorie der Einwirkung absoluter Gesetze in vollständiger Entwickelung vor, und es wird jetzt überall bestimmt werden können, ob ein prohibitives Gesetz auf die bestehenden Rechtsverhältnisse eingreifen darf oder nicht, wobei es nur darauf ankommt, das qualitativ-bestimmte Recht, das in Frage steht, genau aufzufassen, da sich nur hieraus beantwortet, ob das neue Gesetz einen Rechtsinhalt aus der Privateigenthumssphäre herauswirft oder nicht, und ob es demnach eingreifen muß oder nicht darf.

Wenden wir uns zunächst zu einigen auf die bestehenden Verträge nicht einwirkenden Prohibitivgesetzen.

Wenn ein Gesetz über laesio enormis bei Verkäufen da, wo solches bisher nicht gegolten hat, erscheint, so wird es, selbst wenn es ein wahres Prohibitivgesetz darstellt (d. h. wenn es den Verzicht auf diese Einrede für wirkungslos erklärt), auf früher geschlossene Kaufverträge nicht anwendbar sein. Das Recht auf

unwiderrufliche Entäußerung und auf das unwiderrufliche Eigenthum an der Kaufsumme ist nicht aufgehoben, sondern kann nach wie vor erzeugt werden, und nur Bedingungen über das Verhältniß der Kaufsumme zum Objectswerth sind für die Erwerbung dieses Rechts festgesetzt. Somit betrifft der prohibitive Inhalt des Gesetzes nur die Gültigkeit der besondern Handlung, welche dieses Recht im gegebenen Falle erwirbt, und wirkt somit auf frühere Handlungen nicht ein. [1])

Wenn ein Gesetz, wie z. B. der Art. 1341 Code Nap., bei Forderungen über eine gewisse Höhe den Zeugenbeweis ausschließt [2]), so schreibt ein solches Gesetz nur Bedingungen für die Handlung der Erwerbung vor und wendet sich daher nicht auf die aus schon vorgefallenen Handlungen entstandenen Obligationen an. Oder faßt man das in Rede stehende Recht des Individuums bestimmter und richtiger als ein Recht auf Zeugenbeweis auf, so ist zu sagen, daß durch dieses Gesetz nicht (wie dies z. B. bei der Bestimmung, daß der Beweis der Vaterschaft untersagt sein solle, der Fall ist) aller Zeugenbeweis in diesem Rechtsgebiete überhaupt vom Gesetz als unzulässig erklärt und prohibirt wird; derselbe wird vielmehr vom Gesetz bei

---

1) Es ergibt sich hier also von dieser Seite die Bestätigung dessen, was wir oben (S. 190—193) gesehen. — (Wenn das Gesetz über die laesio enormis zur Zeit des Kaufcontracts bestand und später aufgehoben wird, so stellt diese Aufhebung durchaus keine Prohibition dar. Denn die Verkäufer würden nicht gehindert sein, diese Bedingung im Kaufact zu stipuliren. Das frühere Gesetz würde also als stillschweigende Bedingung in Bezug auf die frühern Kaufcontracte fortwirken.)

2) Dies Gesetz wird übrigens von einer großen Zahl Autoren und Urtheile der französischen Jurisprudenz gar nicht als ein wirklich prohibitives angesehen, indem man annimmt, daß der Zeugenbeweis bei Zustimmung der Gegenpartei zulässig sei; so A. U. v. Bourges vom 16. Dec. 1826, von Rennes vom 25. Febr. 1841, von Bordeaux vom 16. Jan. 1846; Duranton, Thl. 13, Nr. 308; Carré und Chauveau, Lois de la proc., qu. 976. — Dagegen Merlin, Répert. v° Preuve, Sect. 2, §. 3, Art. 1, No. 29. Toullier, Thl. 9, Nr. 36 fg. Brodeau sur Louet lett. D. §. 3 u. A.

Es kann nicht genug hervorgehoben werden, daß die schlechthinnige Ausschließung jeder abweichenden Privatwillkür, auch bei Einverständniß der Parteien, das alleinige Kennzeichen eines jeden absoluten (prohibitiven oder zwingenden) Gesetzes ist. Jedes andere Gesetz bleibt ein blos regulatives, vermittelndes.

Summen unter diesem Betrag oder bei nicht-obligatorischen Verhältnissen und auch bei solchen, wenn sich der Gläubiger unmöglich einen schriftlichen Beweis verschaffen konnte (Art. 1348 C. c.) oder diesen durch casus fortuitus verloren hat, für zulässig erklärt. Es existirt also noch ein Recht auf Zeugenbeweis bei Forderungen, und nur besondere Handlungen, welche dieses Recht bisher erwarben, sind jetzt von demselben ausgeschlossen. Ebendeshalb darf also, weil sich die Prohibition nur gegen die Besonderheit der erwerbenden Handlung und nicht gegen die Existenz des Rechts selbst und seine allgemeine Möglichkeit, erworben zu werden, richtet, das Gesetz nicht auf die frühern Erwerbungen dieses Rechts eingreifen.

Setzen wir aber den Fall, der, wenn auch fast unmöglich in sich, doch zur Klarlegung und Bestätigung der Theorie unterstellt werden mag, ein Gesetzbuch verböte allen und jeden Zeugenbeweis in Civilsachen überhaupt, etwa herrenhuterische Grundsätze, welche in dem Eide eine Religionswidrigkeit erblicken, auf die Spitze treibend. Offenbar würde hier auch in Bezug auf die frühern Darlehen u. s. w. das Recht des Zeugenbeweises ganz unzweifelhaft hinwegfallen müssen. Recht auf Zeugenbeweis ist jetzt überhaupt abolirt, und das Individuum kann dasselbe nur so lange ausüben und besitzen, als es eben nach dem Gesetz überhaupt rechtliches Eigenthum des Individuums sein kann. Auch würden diejenigen, welche vor diesem Gesetz Gläubiger ohne schriftlichen Beweis wurden, gar nicht härter gestellt sein, als alle diejenigen, welche erst nach dem Gesetze Gläubiger werden, sich aber in der Unmöglichkeit befinden, für ihre Obligation einen schriftlichen Beweis zu erlangen (z. B. also bei allen Quasicontracten, Delicten, Quasidelicten, bei nothwendigen Depositionen). Ein Gläubiger, welcher vor dem den Zeugenbeweis ausschließenden Gesetz ein Darlehen machte, kann, weil er jetzt noch keine Veranlassung hatte, sich einen schriftlichen Beweis zu verschaffen, höchstens doch so behandelt und einem solchen assimilirt werden, der nicht einmal die Möglichkeit zu dieser Beschaffung hatte. Indem jetzt nun aber alle, die, obwol nach der Zeit des Gesetzes, sich in der factischen Unmöglichkeit befinden, einen schriftlichen Beweis zu bereiten, gleichwol vom Zeugenbeweise ausgeschlossen sind, fallen die Gläubiger aus der Zeit vor dem Gesetze nur in die

Kategorie dieser Letztern, und der Vorwurf der Rückwirkung, der nachträglichen Verletzung der Willensfreiheit des besondern Individuums fällt um so mehr fort.

Gibt man zu, daß ein solches allen Zeugenbeweis abolirende Gesetz auch auf die frühern Obligationen einwirken müsse — und es wird nicht möglich sein, dies nicht zuzugeben —, so hat man damit alles, was wir über die Theorie der Prohibitivgesetze entwickelt haben, anerkannt. — Freilich ist das von uns unterstellte Beispiel ein in sich selbst fast unmögliches. Dies hindert indeß seine Beweiskraft nicht. Ueberdies sollte diese abstracte Unterstellung nur als Brücke zu dem nachfolgenden ganz gleichartigen concreten Beispiel dienen. Es verhält sich nämlich offenbar ebenso, wenn ein Gesetz z. B. die bisher erlaubte Zeugenfähigkeit in einem bestimmten Verwandtschaftsgrade überhaupt aufhebt. Recht auf Zeugenbeweis existirt hier weiter. Aber was aufgehoben ist, ist: Recht auf die Zeugenschaft eines so und so Verwandten. Dies bestimmte Recht überhaupt ist hier aufgehoben und kann daher auch in Bezug auf frühere Darlehen oder Verträge nicht ausgeübt werden. Es ist möglich, daß das Individuum bei der seinen Anspruch begründenden Handlung gerade nur solche Verwandte (oder andere jetzt prohibirte Personen) zu Zeugen hatte oder zu Zeugen nahm. Es kann somit jetzt die ganze Möglichkeit seines Beweises verlieren durch die Zerstörung der Zeugenschaft von Personen, auf deren Zeugniß es früher ein Recht hatte. Gleichwol wird es der Anwendung jenes Gesetzes keinen Vorwurf der Rückwirkung machen können. Allerdings ist das Recht des Individuums auf das Zeugniß anderer Personen überhaupt nur ein legales, kein erworbenes Recht. Allein dies ist nicht der letzte Grund der Entscheidung. Dies Recht kann durch mannichfache Handlungen zu einem erworbenen geworden sein, z. B. vertragsmäßig oder dadurch, daß die Klage schon angestellt, der Zeuge schon vorgeschlagen, seine Vernehmung auch schon durch richterliches Decret verordnet worden ist. Gleichwol wird, wenn das neue Prohibitivgesetz vor dem Audienztermin erscheint, die Abhörung des Zeugen durchaus unzulässig sein. Der systematische Grund ist aber, wie schon die Unterscheidung der Fälle ergibt, kein anderer als der, daß hier das Recht auf diesen —

näher qualificirten — Zeugenbeweis, auf Zeugenbeweis durch Verwandte, überhaupt untergegangen ist, nicht aber blos in Beziehung auf gewisse besondere Willenshandlungen. [1])

Wenden wir uns jetzt zu einigen Fällen, in welchen die Praxis der Gesetzgebungen und die Theorie der neuern Autoren in einem entschiedenen Gegensatz miteinander stehen, ein Gegensatz, der leicht begreiflich ist, da die Gesetzgebungen, dem Instincte des unmittelbaren Rechtsgefühls folgend, oft das Richtige hierbei trafen,

---

1) Bei consequenter Festhaltung der Savigny'schen Theorie würde man das Gegentheil annehmen müssen, was offenbar unmöglich — und dennoch häufig genug angenommen worden ist. Ganz so wie der oben behandelte Fall verhält sich nämlich jedes Gesetz über Zeugenreprochirungsgründe. Gibt ein Gesetz der Partei das unbedingte Recht, einen in gewissen Fällen befindlichen Zeugen zu reprochiren, so unterscheidet sich ein solches Gesetz gar nicht von dem obigen. Es verhält sich prohibitiv gegen den Rechtsanspruch der Gegenpartei, einen solchen Zeugen abhören zu lassen. Gibt das Gesetz die Entscheidung über die Zulassung des reprochirten Zeugen in die discretionnaire Einsicht des Richters, so kann man den prohibitiven Charakter eines solchen Gesetzes mit Fug bestreiten, obgleich durch dasselbe der frühere unbedingte Anspruch der Partei auf Abhörung des Zeugen (oder resp. Verlesung seiner Aussage) untergegangen und nun von der Beurtheilung des Richters abhängig gemacht ist. Allein es darf überhaupt nicht vergessen werden, daß der prohibitive Charakter des Gesetzes nur erforderlich ist, wenn bereits durch Decret die Vernehmung des Zeugen verordnet und sie hierdurch zu einem erworbenen Recht geworden ist. Bis zu jenem Decret bildet die Bestimmung, durch welche Kategorien von Zeugen Beweis erbracht werden kann, ein von individueller Willensaction ganz unabhängiges, rein legales Recht, welches daher durch jede Aenderung der Gesetzgebung sofort modificirt wird. Es ist dies sehr häufig übersehen und z. B. durch zwei Urtheile des rheinischen Appellationsgerichtshofs zu Köln vom 15. Juli 1822 und vom 12. April 1844 (Rheinisches Archiv, VII, 1, 198, und XXXVII, 1, 81) sehr irrig erkannt worden, daß die Reproche nach dem ältern Gesetze beurtheilt werden müsse, wenn die Thatsache, über welche der Zeuge vernommen werden solle, dem neuen Gesetze vorhergegangen ist. Durch ein etwas späteres Urtheil vom 28. Mai 1844 hat derselbe Gerichtshof dagegen entschieden, daß es nur auf das neue Gesetz dabei ankomme (XXXVII, 1, 84) und zwar deshalb, weil es sich hierbei nicht von der Zulässigkeit des Zeugenbeweises als Beweismittel, sondern von der Zulassung eines Zeugen handle, worüber die bestehenden processualischen Vorschriften maßgebend. Die Sophistik dieser Gründe liegt auf der Hand, denn welche Zeugen ich für einen Beweis benutzen darf, bezieht sich nicht auf die ordinatoria, sondern *decisoria* litis. Die Entscheidung selbst aber rechtfertigt sich durch das früher Gesagte.

während, da alle halbe Theorie von der Wahrheit ab- und erst die ganze Theorie wieder zu ihr zurückführt, den Autoren hierdurch die Erkenntniß der Richtigkeit und Nothwendigkeit jener Gesetze unmöglich gemacht war. —

Durch die im Jahre 528 erlassene L. 26 C. de usuris (6, 32) hatte Justinian verordnet, daß der bis dahin erlaubte höchste Zinsfuß von 12 Procent auf 6 Procent herabgesetzt sein solle. Ein Jahr darauf fand er sich veranlaßt, durch die L. 27 (das.) ausdrücklich zu erklären, es sei die Absicht jenes Gesetzes, auch die schon vor dem Gesetz geschlossenen Zinsverträge auf das neue gesetzliche Zinsmaximum zu reduciren, mit Ausnahme jedoch der schon vor dem Erlaß des Gesetzes erfallenen Zinsen.

Es ist evident, daß nach der von uns entwickelten Theorie Justinian hierbei in jeder Hinsicht nur die regelmäßigste und mit begrifflicher Nothwendigkeit dem Gesetze zukommende Wirkung für dasselbe in Anspruch nahm. — Die Prohibition ist hier die totale. Recht auf höhere als 6procentige Zinsen soll von jetzt ab gar nicht mehr Eigenthum des Individuums sein können, soll — als Zinsen, d. h. bei Garantie des dargeliehenen Kapitals und seines Ertrags — durch keinerlei Willenshandlung dazu gemacht werden können. Da dies Recht vom Tage des Gesetzes ab ganz aus der Eigenthumssphäre des Individuums herausgefallen ist, gar nicht mehr besessen werden kann, so fällt es eo ipso auch bei allen denen fort, die diesen Anspruch bisher vertragsmäßig besessen und erworben hatten, aber ihn wie jedes andere Recht nur auf so lange besaßen und erworben hatten, als dasselbe fähig sein würde, einen Gegenstand der Herrschaft des individuellen Willens, ein Eigenthum des Individuums zu bilden. Von einer Rückwirkung ist nicht die Rede, da sich nach unserer Theorie jeder Zinsvertrag von vornherein nothwendig in die Stipulation auflöst, daß z. B. 10 Proc. Zinsen während der Dauer des Vertrags gezahlt werden sollen, solange das Gesetz dies erlaubt, und eventuell sonst das jederzeitige gesetzliche Zinsmaximum.

Zugleich respectirt Justinian die nothwendigen Grenzen des Gesetzes, indem er es auf die vorher erfallenen Zinsen nicht einwirken läßt. In der That würde dies geheißen haben, die Prohibition über ihren eigenen Inhalt hinaustreiben und in Rück-

wirkung verfallen, da dann individuelle Willensactionen nicht in ihrer Wirkung bis auf die Zeit des Erscheinens prohibitiver Gesetze *eingeschränkt*, sondern der ihnen zustehenden vertragsmäßigen Wirkung aus der Zeit des rechtlichen Erlaubtseins derselben beraubt worden, Handlungen also nicht an der immanenten Grenze ihrer Gültigkeit *festgehalten*, sondern *innerhalb* derselben nachträglich denaturirt worden wären. —

Savigny, welcher bei seiner Auffassung seiner Formel vom Erwerb und vom Dasein der Rechte dies Gesetz zu den über den Erwerb von Rechten handelnden rechnen muß, greift deshalb dies Zinsgesetz Justinian's wegen seines Einwirkens auf die bestehenden Verträge wiederholt als ein höchst „eigenthümliches und willkürliches" an; er sieht nur ein Ausnahmsgesetz darin und wirft ihm vom Standpunkt der Rechtsgrundsätze aus rechtswidrige Rückwirkung nachdrücklichst vor. [1])

Savigny vertritt dabei nur die allgemeine Ansicht der neuern Autoren, die nach ihm und schon vor ihm mit großer Einhelligkeit in der Verwerflichkeit eines solchen Gesetzes zusammentreffen. [2])

---

1) Savigny, VIII, 382—84, 397, 403, 437.

2) Und zwar gilt dies ebenso von den französischen wie von den gemeinrechtlichen und preußischen Juristen. Merlin, Répert. v° Effet rétroact., Sect. III, §. 3, Art. 3, No. 11, T. 5, p. 575: „Ainsi comme nous venons de le voir, la loi ne peut pas, en réduisant aujourdhui l'intérêt conventionnel de l'argent, empêcher qu'un intérêt plus haut qui a été précédemment stipulé sous une loi qui autorisait, ne continue d'être exigible." Von derselben Theorie ging das napoleonische Zinsgesetz vom 3. Sept. 1807 aus, welches ausdrücklich (Art. 5) die bereits geschlossenen Verträge ausnimmt (vgl. oben S. 40), und obgleich das Gesetz letzteres nur von den Zinsen einfacher Darlehnscontracte verfügt, faßte der pariser Cassationshof diese Bestimmung als eine aus den allgemeinen Rechtsgrundsätzen selbst folgende auf, indem er sie, ein Urtheil des Appellhofs v. Caen cassirend, auch auf eine in Getreide constituirte Rente anwandte, welche 12—15 Procent des Rentenkapitals darstellte (Urth. des Cassationshofs v. Paris v. 3. Mai 1809; vgl. die Urtheile desselben Hofes v. 5. März 1834 u. 15. Nov. 1836; Chabot, Quest. trans. v° Contrat.; Zachariä, Thl. 1, §. 30; Troplong, Prêt, Nr. 357).

Von römischen Juristen mag es hinreichen anzuführen: Vangerow, Pandekten, 6. Aufl. (1851), Thl. 1, §. 26, S. 68, welcher das Gesetz Justinian's als einen „Machtspruch" und ein „exorbitantes Gesetz" bezeichnet; Puchta, Pandekten, 5. Aufl. (Leipzig 1850), §. 111, e, welcher ganz dieselbe Ansicht ausspricht. Von landrechtlichen Autoren: Bornemann, a. a. O.,

Wir glauben dasselbe durch unsere Theorie auf das vollständigste gerechtfertigt zu haben, und zwar nicht als ein zulässiges,

---

S. 44: „Auf die vertragsmäßigen Zinsen haben neue Gesetze, welche das Versprechen von Zinsen über eine gewisse Höhe hinaus verbieten, nach allgemeinen Grundsätzen keinen Einfluß"; Koch, Allg. Landrecht, Bd. 1, S. 13, Anm. 25, Nr. 5 c (welcher Autor früher — Lehrbuch, Thl. 1, §. 36 u. 37 — anderer Ansicht war); vgl. Holzschuher, Theorie und Casuistik, 2. Aufl. (Leipzig 1856), S. 48, Nr. 12 — Gerade diese Einstimmigkeit der neuern Autoren mußte es uns zur Pflicht machen, unserer Beweisführung eine an sich vielleicht überflüssig scheinende Ausführlichkeit angedeihen zu lassen.

Eine Ausnahme von jenem Einklang machen Boecking, Einleitung in die Pandekten des röm. Privatrechts, 2. Aufl. (1853), I, 318, und Scheuerl, Beiträge, Nr. VI, S. 142. Allein gerade die von ihnen geltend gemachten Gründe, bei denen sich niemand wird beruhigen wollen, nöthigen um so mehr, die wahrhafte Begründung mit aller Sorgfalt zu führen. Boecking erklärt nämlich in diesem Gesetz deshalb keine Rückwirkung zu sehen, weil dasselbe nur verfüge, daß „noch nicht eingetretene Wirkungen eines frühern Rechtsgeschäfts oder einer frühern Handlung, welche bei fortgeltendem ältern Rechte eingetreten sein würden, nun nicht mehr eintreten sollten". Allein mit dieser schon 1811 von Weber aufgestellten Unterscheidung von schon eingetretenen und noch nicht eingetretenen Wirkungen eines frühern Rechtsgeschäfts ist ja nicht im geringsten durchzukommen, und mit Recht ist sie deshalb von Savigny unter der Bemerkung, daß sie nur vom Einfluß der lex de usuris abgezogen sei, völlig verworfen worden. Die ersten besten Beispiele zeigen, wie wenig mit dieser Unterscheidung anzufangen ist. Wenn ich einen Erbvertrag geschlossen habe und nun ein späteres Gesetz die frühere Form dieser Verträge für nichtig erklärt oder der bestimmten Alters- oder Personenklasse, zu der ich gehöre, Erbverträge untersagt und ich nach diesem Gesetz sterbe, so ist der nun erfolgende Uebergang meines Eigenthums an den andern Contrahenten gleichfalls eine bei dem Erscheinen des Gesetzes „noch nicht eingetretene Wirkung" des frühern Rechtsgeschäfts und kann dennoch nicht ohne stärkste Rückwirkung von dem Gesetz verhindert werden. Oder wenn ich schenke unter einem Gesetz, welches Revocation der Schenkung wegen späterer Geburt von Kindern oder wegen Undankbarkeit des Beschenkten gestattet, ein neues Gesetz diese Revocationsgründe aufhebt und nun erst mir Kinder geboren werden oder der Beschenkte in Undankbarkeit verfällt, so ist der Widerruf gleichfalls eine erst nach dem neuen Gesetz eintretende Wirkung eines frühern Rechtsgeschäfts, und dennoch wäre es flagrante Rückwirkung, die Widerrufsklage abzuschneiden (s. S. 190—193). Hundert andere Beispiele könnten gegeben werden. Nicht also in dieser haltlosen Unterscheidung, daß die noch nicht eingetretenen Wirkungen früherer Handlungen durch ein späteres Gesetz geändert oder unterdrückt werden können, sondern lediglich in der obigen Theo-

sondern als ein solches, welches mit Nothwendigkeit die begrifflichen Forderungen der Rechtsidee verwirklicht.

Gleichwol wollen wir jetzt uns der Mühe unterziehen, selbst mit Absehung von unserer Theorie, dies Gesetz zu rechtfertigen. Gelingt uns dies und können wir die dagegen erhobenen Einwürfe der Unrichtigkeit und des Widerspruchs mit sich selbst überführen, so ist durch den Nachweis der Rechtmäßigkeit dieses Gesetzes unsere gesammte Theorie über die Einwirkung von Prohibitivgesetzen auf das unwidersprechlichste bewiesen und gegen jede Anfechtung gesichert.

Denn wenn die gegenwärtige Theorie, wie jedem von selbst klar sein wird, auch weit entfernt davon ist, gerade unter dem Einfluß dieses besondern Gesetzes entstanden zu sein, so verhält sich dieses Beispiel doch so zu ihr, daß durch den juristischen Beweis von der innern Rechtmäßigkeit dieses Gesetzes um so mehr und a fortiori alles das erwiesen ist, was wir in Bezug auf die sofortige Einwirkung der früher in diesem Paragraphen analysirten Gesetze entwickelt haben. Dies Beispiel verhält sich jedenfalls so zu unserer Theorie, daß dieselbe mit ihm steht und fällt. Durch den juristischen Beweis der Richtigkeit des erstern wird also die Theorie selbst ihren letzten und jeden Widerspruch ausschließenden empirischen Beweis empfangen haben.

Zuerst wäre hier zu bemerken, wie das Zinsgesetz Justinian's nicht allein steht, die Gesetzgebungen vielmehr, deren unmittelbares Rechtsgefühl nicht, wie bereits bemerkt, durch eine halbe Theorie wie bei den Autoren irre geführt wurde, gerade in diesem Falle in der Regel dieselben Grundsätze anerkannt haben.

---

rie hat die lex de usuris ihre einzige und wahre Rechtfertigung. — Scheuerl will sie also rechtfertigen. Er räumt zwar ein: „Hat jemand unter dem Einfluß seiner damals geltenden Rechtsregel ein gewisses Recht erworben, so sind nun allerdings an sich auch alle Handlungen, welche in bloßen Ausübungen dieses Rechts bestehen, erlaubte Handlungen.“ Aber er wendet ein: „Das Dasein eines Rechts macht es aber nicht unmöglich, daß eine neue Rechtsregel seine Ausübung untersage.“ Was für ein „Dasein von Recht“ ist denn das aber noch, was gar nicht mehr ausgeübt werden kann? Auch würden bei dieser Regel, wie die soeben gegen Boecking angeführten Beispiele zeigen, nicht weniger Thür und Thor der crassesten Rückwirkung geöffnet sein.

So zunächst die preußischen transitorischen Edicte der Jahre 1814 und 1816, welche (s. §. 13 des Patents vom 9. Sept. 1814 für die Provinzen jenseit der Elbe, und §. 17 der zwei Patente vom 9. Nov. 1816 für das Großherzogthum Posen und den Kulm- und Michelauschen Kreis; §. 13. des Patents vom 15. Nov. 1816 für die ehemaligen sächsischen Provinzen, und §. 20 des Patents vom 21. Juni 1825 für das Herzogthum Westfalen) sämmtlich verordnen, daß vom Einführungstage ab

> „in Absicht der Höhe der erlaubten Zinsen die Bestimmungen des allgemeinen Landrechts und der darauf Bezug habenden spätern Verordnungen dergestalt eintreten, daß wenn in einem frühern Vertrage höhere Zinsen verabredet worden, als die preußischen Gesetze gestatten, von dem Tage der Wirksamkeit der letzteren der Schuldner nur zur Zahlung der erlaubten niedrigeren Zinsen verpflichtet ist."

Savigny, indem er (a. a. O., S. 437) diese preußischen Gesetze, die er „auffällig" findet, berührt, wirft ihnen vor, nicht bemerkt zu haben: „daß sie dadurch dem nahe dabeistehenden Grundsatz, welcher die Folgen der Verträge dem zur Zeit des Abschlusses geltenden Gesetze unterwirft, geradezu widersprechen". Wie wenig dies der Fall ist, hätte Savigny an einer andern Gesetzgebung, der hannöverischen, sehen können, welche wiederum dieselbe Zinsbestimmung wie jene preußischen Patente treffen [1]), andererseits auch denselben allgemeinen Grundsatz hinsichts der Verträge sanctioniren, beide Gedanken aber gleich zu einer Einheit verbinden. Es wird nämlich in der Einleitung zu der angezogenen Verordnung für Althannover die Regel aufgestellt: „Die während der Unterbrechungszeit (d. i. während der Herrschaft des fremden Gesetzes) durch erlaubte freiwillige Handlungen und Verträge erworbenen Privatrechte bleiben gültig. Ihre Folgen und

1) Siehe die Verordnung v. 23. Aug. 1814 für Althannover, §. 79, und ebenso die Verordnung v. 14. April 1815 für das Fürstenthum Hildesheim und v. 13. Sept. 1815 für Meppen und Emsbüren, §§. 87—89, wo die zu hohen Zinsen, wie sehr richtig, obwol übrigens nach unserer Entwickelung selbstredend ist, selbst für den Fall untersagt werden, „wenn die Verträge durch rechtskräftige Erkenntnisse aus der Zwischenzeit bestätigt worden".

Wirkungen, insofern sie nach Unsern Gesetzen durch Privatwillkür bestimmt werden konnten, mithin nicht den in Unsern Gesetzen enthaltenen Verboten entgegenstehen, sind auch ferner nach dem fremden Rechte zu bestimmen, und ist bei deren Interpretation bis zum Beweise des Gegentheils rechtlich anzunehmen, daß die Parteien die Dispositionen der fremden Gesetze stillschweigend zu Grunde gelegt haben." Es ist wahrhaft verwunderlich, wie diese Regel, von der in die Augen fällt, wie sehr sie unsere gesammte Theorie bestätigt, aus Mangel an systematischer Begründung so wenig Einfluß auf die juristischen Ansichten erlangen konnte. —

Das zweite Moment, das bei der Untersuchung des Justinianischen Gesetzes hervorzuheben ist, ist, daß Justinian wenigstens durchaus nicht „eigenthümlich und willkürlich" bei demselben verfahren wollte. Es ist in dieser Hinsicht erforderlich, einen Blick in das in Rede stehende Gesetz zu werfen. Justinian sagt in der L. 27: „De usuris, quarum modum jam statuimus, *pravam quorundam interpretationem penitus removentes* jubemus, etiam eos qui *ante eandem sanctionem* ampliores quam statutae sunt, usuras stipulati sunt, ad modum eadem sanctione taxatum ex tempore lationis ejus *suas moderari actiones*, scilicet illius temporis quod ante eandem fluxit legem pro tenore stipulationis usuras exacturas."

Nach Justinian's und seiner Juristen Ansicht war also die in der L. 27 gegebene Verordnung, statt irgendwelche Ausnahmemaßregel darzustellen und in besondern damals etwa vorliegenden positiven Verhältnissen und Nützlichkeitsrücksichten zu wurzeln, vielmehr eine so regelmäßige und mit grundsätzlicher Nothwendigkeit aus den Rechtsgrundsätzen selbst folgende Anwendung der L. 26, daß sie nach ihm sogar eine ganz überflüssige und nur durch irrthümliche Ansichten nothwendig gewordene war. Nach Justinian und seinen Juristen hätte die L. 26, obwol sie in keiner Hinsicht besonders andeutet, was in Bezug auf die bestehenden Verträge eintreten solle, schon von selbst so angewendet werden müssen. Jede andere Anwendung derselben nennt er geradezu eine *prava* interpretatio. Zugleich müssen die Ausdrücke: „*quorundam* interpretationem" und „*penitus* removentes" zu zeigen scheinen, daß in der That die von Justinian

so hart getadelte Auslegung nur eine vereinzelte, nicht die allgemeine war, und blos zu ihrer gänzlichen Verhütung das neue transitorische Gesetz erlassen wurde. — Unbegreiflich bleibt es demnach, wie Savigny und Bergmann [1]) davon sprechen können, daß hier etwas Ausnahmsweises und nach der Annahme des römischen Gesetzgebers von der Regel Abweichendes von ihm verordnet worden sei. Vielmehr würde sich diese Verordnung nur durch eine gänzliche Täuschung Justinian's und seiner Juristen erklären lassen.

Statt daß dies der Fall sei, läßt sich aber vielmehr darthun, daß Savigny durch die Verwerfung jener Wirkung des Zinsgesetzes Justinian's sogar in den handgreiflichsten Widerspruch mit sich selbst tritt. Um denselben bis zur Evidenz nachzuweisen, braucht blos danebengestellt zu werden, wie Savigny die Einwirkung der bekannten Vorschrift des Art. 340 Code civil [2]) auf die bereits erzeugten unehelichen Kinder rechtfertigt. Auch hier sind durch die Erzeugung derselben unter einer der Geschwächten und den Kindern bestimmte Rechtsansprüche zuertheilenden Gesetzgebung erworbene individuelle Rechtsverhältnisse und Verpflichtungen entstanden. Gleichwol sagt Savigny [3]): „Man hat dieses Gesetz mit Unrecht getadelt, als ob es eine ungehörige Rückwirkung enthielte. Man hat es ebenso mit Unrecht vertheidigt, als ob es den persönlichen Zustand an sich zum Gegenstand hätte. Die wahre Rechtfertigung liegt darin, daß es ein Gesetz von zwingender Natur ist" — nämlich sittlichen Beweggründen entflossen, wie Savigny zuvor auseinandergesetzt hatte.

Wir haben gesehen, daß es für ein Gesetz durchaus noch nicht hinreicht, von zwingender Natur zu sein, um auf die durch individuelle Handlungen constituirten Rechtsverhältnisse einwirken zu können; daß vielmehr eine solche Wirkung keineswegs eintreten darf, wenn das zwingende Gesetz — wie z. B. Verbot des Zeugenbeweises bei Forderungen über einen gewissen Betrag u. s. w. — nur bestimmte Bedingungen und Arten von Handlungen, durch

---

1) a. a. O., S. 192 fg. u. a. and. St.

2) „La recherche de la paternité est interdite."

3) a. a. O., VIII, 529.

welche sich das Individuum bisher mit einem Rechtsinhalt zusammenschließen konnte, prohibirt, nicht aber diesen qualitativ-bestimmten Rechtsinhalt selbst, als einen jeder Willenshandlung nunmehr schlechthin unzugänglichen, aus der rechtlichen Eigenthums-sphäre des Individuums hinauswirft.

Sehen wir inzwischen gegenwärtig von diesem Unterschied ab. Wenn Savigny deshalb, weil jenes über den verbotenen Beweis der Vaterschaft handelnde Gesetz ein zwingendes ist, zugibt, daß es auf Rechtsverhältnisse, die durch individuelle Handlungen begründet sind, einwirken darf, warum gibt er dies von den Wuchergesetzen nicht zu? Ist ein Wuchergesetz weniger als jenes andere sittlichen und ökonomischen Motiven entflossen? Ist es weniger zwingender Natur? Die Inconsequenz ist also eine schreiende. [1]) —

---

1) Es muß übrigens bei diesem Anlaß wiederholt bemerkt und gegen Savigny festgehalten werden, daß jedes Gesetz ein zwingendes ist, welches das Abweichen der Privatwillkür absolut ausschließt, gleichviel welchen Motiven, sittlichen oder andern, es entflossen sei. Wenn man dies nicht festhält, so gibt es überhaupt gar keinen festen Begriff von zwingenden Gesetzen mehr. Nichts ist daher irriger als die Unterscheidung, die Savigny bei seiner Behandlung der örtlichen Collision der Gesetze (VIII, 34 fgg.) zwischen den absoluten (die Privatwillkür ausschließenden) und den zwingenden Gesetzen behauptet, unter welchen letztern er nur solche absolute Gesetze verstehen will, welche auf sittlichen Gründen oder auf „Gründen des öffentlichen Wohls (publica utilitas), mögen diese nun mehr einen politischen, polizeilichen oder volkswirthschaftlichen Charakter an sich tragen", beruhen und also „außerhalb des reinen Rechtsgebiets" ihre Wurzel haben. Savigny behauptet aber diesen Unterschied blos; weit entfernt, ihn zu beweisen, versucht er nicht einmal aufzuzeigen, woher er stammen und worin er liegen soll. Es läßt sich gar nicht absehen, und wird auch nicht von ihm dargelegt, warum absolute, Privatwillkür ausschließende Gesetze, die z. B. aus ökonomischer Quelle fließen, zwingender sein sollen als Gesetze, welche nichts geringeres als die gesammte Rechtsanschauung eines Volks (das reine Rechtsgebiet) zur Quelle einer mit Nothwendigkeit jedes Abweichen der Privatfreiheit ausschließenden Kraft haben. In der That aber ist diese ganze Unterscheidung an sich selbst eine unhaltbare. Jedes absolute Gesetz ist Gründen des öffentlichen Wohls entflossen; es würde sonst schon gar keine Veranlassung haben, das Abweichen der Privatfreiheit auszuschließen, und jedes dieses Abweichen ausschließende Gesetz wird daher auch von den Römern mit vollem Recht zum jus publicum gezählt (s. oben S. 20, Anm. 1). Als absolute, nicht zwingende Gesetze zählt Savigny auf: die

Endlich ist ersichtlich, daß nach Savigny's eigener Formel vom Dasein der Rechte, wenn dieselbe wie in der von uns

---

Gesetze über die Einschränkung der Handlungsfähigkeit wegen des Alters, des Geschlechts u. s. w.; ferner die Gesetze über die Formen der Uebertragung des Eigenthums (ob durch bloßen Vertrag oder durch Uebergabe). Die Gesetze über die Handlungsfähigkeit der Unmündigen wurzeln aber in der staatlichen Vorsorge, daß Unreifheit der Vernunft nicht gemisbraucht und daß der Ruin der Personen vor entwickelter Denkfähigkeit verhindert werde, sind also polizeilichen Charakters und durchaus mit Gründen des öffentlichen Interesses zusammenhängend. Dasselbe ist der Fall bei Bestimmungen über die Handlungsunfähigkeit des weiblichen Geschlechts, während Gesetze über die Handlungsfähigkeit von Ehefrauen auf der eheherrlichen Gewalt und somit ganz offenbar auf sittlichen Anschauungen vom Dasein der Familie und ihrer Einheit beruhen, wie denn überhaupt alle gesetzlichen Vorschriften über die Personengewalt in schlechthin zwingenden Anschauungen des öffentlichen Rechts wurzeln. Die Vorschriften, daß Eigenthum nur durch schriftlichen Vertrag oder resp. nur durch dazutretende Uebergabe gültig übertragen werde, haben wie alle Formsolennitäten zunächst schon den Grund: die Unzweideutigkeit des Willens zu manifestiren und zu gewährleisten, und beruhen schon deshalb wie alle Bestimmungen, deren Zweck es ist, das Dasein des freien Willens gegen ungewollte Aufhebung seiner sicherzustellen, auf der Anschauung von der persönlichen Freiheit, die also im höchsten Maße Sache des öffentlichen Interesses ist. Hätte ein absolutes Gesetz dieser Art selbst keinen andern Grund als den ganz positiven, daß in einem Gebiete eine beliebige einheitliche Regel herrsche, um die Möglichkeit der Verwirrung auszuschließen oder doch Vereinfachung zu erzielen — und diesen Grund müßte doch zum mindesten ein Gesetz haben, welches soweit geht, jede Abweichung der Privatfreiheit auszuschließen —, so sind ja derartige äußerlich-positive Gesetze gerade solche, welche, wie die Römer dies nannten, propter necessitatem oder utilitatem und contra rationem juris gegeben sind, und deshalb, weil nur um des öffentlichen Nutzens willen vorhanden und von polizeilichem Charakter, am meisten zwingender Natur sind (vgl. hierzu Savigny selbst, I, 61, und VIII, 35). — Das einzige Element, das Savigny noch bei seinen, dem reinen Rechtsgebiet entflossenen und deshalb nicht-zwingenden, absoluten Gesetzen im Auge haben kann, ist somit das eigentlich logisch-juristische Element. Aber gerade hier läßt sich am wenigsten absehen, warum eine Vorschrift, die einem Volksgeist mit solcher absoluter Nothwendigkeit den logischen Denkgesetzen selbst zu entfließen scheint, daß jede Abweichung ausgeschlossen ist, für weniger zwingend gelten sollte, als die Gesetze sittlichen, polizeilichen und ökonomischen Inhalts. Eine solche Forderung würde darauf hinauslaufen, daß es ein Volk mit den Gesetzen seiner gesammten Denkthätigkeit überhaupt, mit seiner Vernunft-Nothwendigkeit selbst, weniger streng nehme als damit, was ihm in einem besondern Gebiete erforderlich erscheint, und würde um so un-

entwickelten Theorie geschehen, zu ihrem eigenen Selbstverständniß gebracht und in ihre Wahrheit erhoben wird, jenes Gesetz sich rechtfertigt. Was Savigny innerlich stört, ist, obwol er dies nicht in dieser Weise ausspricht, offenbar dies, daß Zinsen für Darlehen noch weiter ausbedungen werden können, das Gesetz über die Zinsenhöhe sich ihm daher als ein Gesetz über die Gültigkeit an sich erlaubter Handlungen und somit über den Erwerb von Rechten darstellt. Wenn aber das Recht, Zinsen auszubedingen, weiter existirt, so ist doch das Recht: mehr als 6 Procent zu nehmen, untergegangen. Dies bestimmte Recht — es ist natürlich gleichgültig, daß es in diesem Fall eine quantitative Grenze ist, an der sich die qualitative Bestimmt-

---

möglicher sein, als vielmehr die Gesetze sittlichen, ökonomischen, polizeilichen Inhalts u. s. w. nur eine Anwendung jener logischen Denkthätigkeit des Volksgeistes auf die besondern Felder und Gebiete seines Daseins und auf besondern Stoff darstellen. Die Römer haben dies sehr wohl gefühlt und deshalb stets den aus diesem logisch-juristischen Element hervorgegangenen absoluten Gesetzen eine ebenso zwingende und vernichtende Kraft eingeräumt, als irgendwelchen andern. So ist es, um dies an einem Beispiel klar zu machen, eine rein aus dem logisch-juristischen Elemente hervorgegangene absolute Rechtsregel, daß, was ohnehin schon mein ist, nicht noch mehr mein werden und deshalb niemand stipuliren kann, daß ihm eine ihm ohnehin schon gehörige Sache gegeben werde (L. 82 de v. o., 44, 1; Inst. de actionibus, VI, §. 14; Inst. de legatis, XX, §. 10; L. 159 de r. j., 50, 17). Dem wird nun zunächst die zwingende Folge gegeben, daß, wenn die Sache zur Zeit der Stipulation eine fremde und die Stipulation also utilis war, dieselbe, wenn ich inzwischen das Eigenthum an der Sache erlange, hierdurch factisch rückwirkend vernichtet wird (Inst. de inutil. stipulat., XIX, §. 2). Es war nur eine weitere Anwendung jener Regel, daß der Eigenthümer der Sache den Nießbrauch nicht besonders erlangen kann (L. 5 Si usufr. pet., VII, 6 u. a. a. St.). Dem gab man die zwingende Folge, daß das frühere Legat des Nießbrauchs an einer Sache durch den spätern Erwerb des Eigenthums an derselben durch den Legatar vernichtet werde, und Julian hält dies mit Recht so fest, daß, wenn mir der Nießbrauch an einem Grundstück pure vermacht ist, das nackte Eigenthum an demselben aber sub conditione dem Titius, und ich während der hängigen Bedingung das Eigenthum erwerbe, darauf aber die Bedingung eintritt, Titius jetzt nicht nur das nackte Eigenthum, sondern Eigenthum und Nießbrauch am Grundstück haben wird, weil mein Nießbrauchsrecht durch den Erwerb des Eigenthums einmal zu Grunde gegangen ist und Titius also, da der Nießbrauch nicht mehr vom Eigenthum getrennt ist, dasselbe als volles Eigenthum erwirbt.

heit des Rechts ändert und Zins in Wucher übergeht — existirt überhaupt nicht mehr. Und es muß daher vielmehr gesagt werden, daß dies Gesetz, bei richtiger Auffassung dieser Formel, das Dasein der Rechte betrifft.

Auf gleicher Linie wie das Zinsgesetz steht auch die Aufhebung der lex commissoria durch Kaiser Konstantin. Es war bis dahin erlaubt, eine Sache dem Gläubiger mit der Verabredung zu verpfänden, daß sie ihm, wenn er nicht bis zu einer bestimmten Zeit befriedigt sei, zum Eigenthum verfallen sein solle. Konstantin verbot diese „asperitas", von der er dabei selbst sagt, daß sie mehr als andere zu Beraubungen Anlaß gab, und zwar so, daß dies Verbot auch die bereits gethätigten Pfandverträge dieser Art infirmiren sollte. [1]) Es kann nicht wunder nehmen, wenn Savigny (VIII, 423) und überhaupt alle, welche in Bezug auf das besprochene Zinsgesetz der von uns widerlegten Meinung sind, hierin gleichfalls eine Ausnahme und eine Verletzung der Grundsätze erblicken. [2])

Wenn es aber leicht möglich ist, die Kaiserconstitutionen der Eigenthümlichkeit und Willkürlichkeit beschuldigen zu wollen [3]),

---

1) L. 3 C. de pactis pignor. (8, 35): „Quoniam inter alias captiones praecipue commissoriae pignorum legis crescerit asperitas, placet *infirmari* eam, et in posterum omnem ejus memoriam aboleri. Si quis *igitur* (dies igitur führt das Nachfolgende als eine selbstredende Consequenz des infimari ein, nicht als eine zusätzliche Ausnahme) tali contractu laborat, hac sanctione respiret, quae cum praeteritis praesentia quoque repellit et futura prohibet. Creditores enim, re amissa, jubemus recuperare, quod dederunt."

2) In welcher Hinsicht man aber mit Recht — je nachdem man das Gesetz interpretirt — in demselben eine Rückwirkung finden könnte, werden wir im folgenden Paragraph sehen.

3) Ein flagrant rückwirkendes Gesetz ist z. B. die L. 23 C. de SS. eccl. (1, 2), durch welche Justinian den Kirchen und frommen Stiftungen das Privilegium ertheilt, daß erst in hundert Jahren (statt in dreißig) Verjährung ihrer Klagrechte eintreten solle. Denn am Ende dieses Gesetzes sagt Justinian: „Haec autem omnia observari sancimus in iis casibus qui vel postea fuerint nati, vel jam in judicium deducti sunt." Merkwürdigerweise ist es gerade diese Verleihung der hundertjährigen Verjährung an die Kirchen, welche Procopius als einen speciellen Fall für seine Behauptung anführt, daß sich Justinian durch Bestechung habe zu dem Erlaß von Gesetzen bewegen lassen (Anecdot., c. 28 und c. 13, 14 ib.). War das

oder besondere factische Umstände und Rücksichten statt Rechtsregeln als den Grund ihrer Veranlassung anzusehen, so wird diese Auffassung doch bei den Juristenentscheidungen des Pandektenrechts von selbst nicht möglich sein.

Wenn es daher gelänge, das von uns entwickelte Princip als Grundsatz des Pandektenrechts nachzuweisen, so würden wir demselben die letzte und vollständigste Sicherstellung gegeben haben, welche überhaupt denkbar ist.

Und obgleich die Pandekten auf den ersten Blick nirgends eine Entscheidung über das enthalten, was bei einer Veränderung im Gesetze einzutreten habe, wie mindestens bisher von allen Autoren stets angenommen [1]) und häufig beklagt wurde, wird es, so parador diese Versicherung zunächst erscheinen mag, nichtsdestoweniger gelingen, diesen Nachweis mit vollster Evidenz zu erbringen! Und sicherlich wird derselbe der Mühe seiner Führung lohnen.

Wir müssen zu diesem Zweck zuvörderst einen Blick auf das sehr analoge Princip werfen, welches die Pandekten für factische Veränderungen bei Vertragsverhältnissen aufstellen. Dasselbe lautet nun bekanntlich in ganz allgemeiner Fassung und in sehr zahlreichen Stellen dahin, daß bei Verträgen immer auf den Anfang zu sehen sei (ad initium spectandum) oder auf die Zeit, wo wir contrahiren (tempus quo contrahimus). [2]) Oder wie z. B. der Kaiser Alexander dasselbe ausdrückt [3]):

„Id quidem, quod jure gestum est, revocari non potest."

Es erhellt von selbst, daß so oft vor oder nach Savigny der Grundsatz desselben ausgesprochen wurde, daß eine Verände-

---

Gesetz selbst ein erkauftes, so ging dann natürlich auch die Rückwirkung um so leichter mit in Einem hin.

1) Das Gesetz des Theodosius gilt daher als die älteste Entscheidung des Römischen Rechts hierüber; siehe Savigny, VIII, 392, 394.

2) Siehe z. B. Ulpian und Labeo in der L. 8 mandati (17, 1) praef.: „— uniuscujusque enim contractus *initium* spectandum et causam." Paulus in der L. 78 de v. o. (44, 1): . . . „quia in stipulationibus *id tempus* spectatur, quo contrahimus." Julian in der L. 58 pro socio (17, 2): „. . . initium enim in his contractibus respiciendum" u. s. w.

3) L. 3 C. de confirm. tutor. (5, 29).

rung in der Gesetzgebung auf die bestehenden Verträge nicht influiren könne, vielmehr „das Recht eines Vertrags stets nachdem Gesetz, welches zur Zeit des geschlossenen Vertrags bestand", zu beurtheilen sei, dies immer, bewußt oder unbewußt, eine analoge Anwendung desselben Gedankens war, welchen die Pandekten für den Fall thatsächlicher Veränderungen bei Vertragsverhältnissen feststellen.

Allein diesem Princip diametral gegenüber finden wir in den Pandekten auch bereits das direct entgegengesetzte Princip, welches uns Marcellus in folgender Weise berichtet [1]:

> „— — et maxime secundum illorum opinionem qui etiam *ac quae recte constiterunt resolvi putant, quum in eum casum inciderunt, a quo non potuissent con sistere.*"

Aus den Worten, mit welchen Marcellus diesen Grundsatz anführt (secundum *illorum* opinionem qui putant) ergibt sich bereits, daß derselbe — in dieser abstracten Form — auf starken Widerspruch gestoßen haben müsse, und Paulus scheint ihn geradezu zu leugnen in seinem Ausspruch [2]:

> „*Non est novum*, ut, quae semel utiliter constituta sunt, *durent, licet ille casus exstiterit, a quo initium coepere non potuerunt.*"

Allein derselbe Paulus klärt uns anderwärts weit richtiger darüber auf, welches der wahre Sinn und Umfang dieses Widerspruchs sei [3]:

> „Etsi placeat, extingui obligationem, si in eum casum inciderit, a quo incipere non potest, *non tamen hoc in omnibus verum est.*"

Und in der That verfährt er geeigneten Ortes eben sowol nach dieser Regel [4], wie Marcellus in der zuerst bezogenen Stelle. —

---

1) L. 98 de v. o. (45, 1).

2) L. 85, §. 1, de reg. jur. (50, 17).

3) L. 140, §. 2, de v. o. (45, 1).

4) z. B. L. 136, §. 1, de v. o. (45, 1): „Si, qui viam ad fundum suum dari stipulatus fuerit, *postea* fundum partemve ejus ante constitutam servitutem alienaverit, *evanescit stipulatio.*"

Nicht weniger bringt Modestinus dieselbe in Anwendung [1]:

„Et ideo si quis fundum habens viam stipuletur et partem fundi sui postea alienet, corrumpit stipulationem *in eum casum deducendo, a quo stipulatio incipere non possit.*"

Ganz ebenso bestimmt wie Modestinus äußert sich Marcian darüber:

„Item si servo alieno quid legatum fuerit, et postea a testatore redemtus sit, legatum extinguitur; *nam quae in eam causam pervenerunt, a qua incipere non poterant, pro non scriptis habentur.*" [2])

Und derselbe nochmals anderwärts:

„— quia in eum casum res pervenit, *a quo incipere non potest.*" [3])

und zwar tritt hier dies Princip nur als der Grund auf für eine in der unmittelbar vorhergehenden L. 15 daselbst gegebene Entscheidung Ulpian's. Dieser verfährt übrigens gleichfalls ganz ausdrücklich nach demselben [4]):

„Si a me fuerit arrogatus, qui mecum erat litem contestatus, vel cum quo ego, solvi judicium Marcellus libro tertio Digestorum scribit, *quoniam nec ab initio inter nos potuit consistere.*"

Es erhellt hieraus also, daß, wie ohnehin von selbst klar gewesen wäre, der Einspruch sich nur gegen die Allgemeinheit der Regel, nicht aber gegen das Platzgreifen derselben in gewissen concreten Fällen richtet und richten läßt. Wenn sie aber nur in irgend welchen Fällen richtig ist, so folgt schon hieraus, daß auch die erste ihr entgegengesetzte Regel, wenn sie auch quantitativ häufiger zur Anwendung zu kommen hat, doch ebenso wenig Anspruch auf absolute Wahrheit hat, als die ihr

---

1) L. 11 de servitut. (8, 1).

2) L. 3 de his quae pro non scriptis (34, 8).

3) L. 16 ad L. Aquil. (9, 2).

4) L. 11 de judic. (5, 1). Vgl. endlich §. 6, Inst. de nox. act. (4, 8): „Unde si alienus servus noxam tibi commiserit, et is postea in potestate tua esse coeperit, intercidit actio quia *in eum casum deducta sit, in quo consistere non potuit.*"

gegenüberstehende zweite; daß beide vielmehr ebenso wahr als falsch sind, was darauf beruht, daß beide dem wahrhaften Begriffe entflossen sind und Momente desselben darstellen, keine von beiden aber ihn in seiner Totalität in sich enthält.[1] —

Auch dieser zweite Grundsatz — dieser also, daß der Vertrag hinfällig wird, wenn ein solcher Fall eintritt, in welchem der Vertrag, falls er nicht geschlossen wäre, auch gar nicht mehr geschlossen werden dürfte — ist in den Pandekten zunächst nur in Hinsicht auf factische Veränderungen aufgestellt.

Gleichwol müssen wir unsere volle Verwunderung aussprechen, daß noch niemand daran gedacht hat, bei der Bearbeitung unserer Materie auch auf dies letztere Pandektenprincip zurückzugehen und es ebenso in analoger Weise — also mit Berücksichtigung des Unterschiedes der etwa zwischen factischen und rechtlichen Veränderungen stattfindet — auf die Einwirkung neuer Gesetze auf Verträge anzuwenden, wie sich die Lehre, daß beim Rechtswechsel der Vertrag immer nur nach dem Gesetz zur Zeit seiner Schließung zu beurtheilen sei, von selbst als die analoge Anwendung jenes ersten, gleichfalls für factische Aenderungen gegebenen Pandektenprincips darstellt.

Und diese Verwunderung ist um so legitimer, als nicht nur die Analogie, welche überhaupt innerhalb gewisser Grenzen zwischen factischen und rechtlichen Veränderungen stattfindet, ganz einleuchtend, sondern auch ganz anerkannt ist, und Savigny, wie bereits Bergmann und Andere vor ihm, gerade auf diese

---

1) Es ist überhaupt der abstracten Form der Regel ganz unmöglich, den Begriff in dem wahrhaften Reichthum seiner Bestimmungen und der Einheit seiner Momente in sich zu fassen. Die Regel kann — als abstracte Verstandesthätigkeit — immer nur das eine der begrifflichen Momente scharf herausheben und isoliren. Hierauf beruht die allgemeine Erscheinung, daß die Regeln, die in den Pandekten aufgestellt werden, so häufig höchst bedenklicher und irreleitender Natur, die danach gegebenen concreten Entscheidungen aber richtig sind. Es ist nur das Eingeständniß des Verstandes, daß er den Begriff, unter dessen treibender Thätigkeit er arbeitet, nie in seiner adäquaten Reinheit herauszuringen vermag, welches sich in den Worten des Paulus ausspricht: „Non ex regula jus sumatur, sed ex jure quod est, regula fiat“ (L. 1 de r. j. 50, 17), oder in dem bekannten „Omnis definitio in jure civili periculosa“ (L. 202 de r. j.).

Analogie ihre ganze Lehre über den Einfluß des Gesetzwechsels auf das Erbrecht gründen, indem sie bei Gesetzesveränderungen zwischen Testament und Tod, Tod ab intestato und Erbanfall u. s. w., fast überall dieselben Regeln zur Anwendung bringen, die nach römischer Lehre bei Aenderungen in den thatsächlichen Verhältnissen zwischen Testament und Tod u. s. w. eintreten, und gerade durch diese Uebertragung, und sich direct auf sie gründend, ihre Resultate gewinnen. (Vgl. Savigny, VIII, 450 fg., 461 fg., 484 fg., 488 fg.)

Und sicherlich, hätte man jenes zweite von Marcellus, Paulus, Marcianus, Modestinus und Ulpian bekundete Princip ebenso sehr analog auf den Fall von Veränderungen in der Gesetzgebung angewendet, wie man dies bewußt und ausdrücklich mit den erbrechtlichen Bestimmungen, wie man es in der allgemein gültigsten Weise und häufig selbst ganz unbewußt mit dem ihm entgegenstehenden Princip über die bei factischen Veränderungen allein in Betracht kommende Zeit der Vertragschließung gethan, so würde man gerade hierdurch letzteres von seiner Einseitigkeit gereinigt haben, und dadurch zu der ganzen und vollen begrifflichen Wahrheit und — wie für jeden, dem dies noch nicht von selbst einleuchtet, vorläufig als bloße Vermuthung ausgesprochen sein mag — ganz zu der Theorie über die Einwirkung von Prohibitivgesetzen auf Verträge gekommen sein, die wir im Vorstehenden entwickelt haben!

Allein um diese analoge Uebertragung vornehmen zu können, hätte man zuvor innerhalb des Kreises blos factischer Veränderungen klar die allgemeinen Bedingungen feststellen müssen, unter welchen jedesmal das zweite Princip zur Anwendung zu kommen hat oder nicht, und also folgeweise das erste platzgreifen muß. Das heißt, man hätte beide Grundsätze in ihrem sich gegenseitig ergänzenden begrifflichen Verhältniß zueinander erkennen müssen. Daß sich das zweite Princip, wegen seiner quantitativ weniger häufigen Anwendbarkeit, zu dem ersten wie die Ausnahme zur Regel verhalte, — mit einer solchen Erklärung ist natürlich die Sache weder erkannt noch irgendwie von der Stelle gebracht. Denn es handelt sich dann nach wie vor darum: die begriffliche Bestimmung zu treffen, wo jedesmal die sogenannte eigentliche Regel und wo die Ausnahmeregel

zur Anwendung kommen müsse. Aber gerade eben an diesem ersten Erforderniß fehlte es bisher. Umsonst versuchte J. Gothofredus [1]) diese Aufgabe zu lösen, und im Grunde ganz ebenso wenig ist dies dem Italiener Averanius gelungen, welcher ihr einige Kapitel seiner Interpretationes Juris gewidmet hat. [2])

Wir beabsichtigen inzwischen unsererseits nicht, uns dieser Aufgabe hier in directerer Weise zu unterziehen, als durch die Elemente von selbst geschehen ist, die im Vorstehenden für dieselbe bereits geliefert sind und im Verlauf noch geliefert werden sollen. Wir beabsichtigen dies nicht, weil einmal hierzu, für so lösbar wir diese Aufgabe halten und so sehr die Lösung derselben in dem bisherigen und fernern Inhalt dieses Paragraphen, sowie in dem des §. 10 an sich bereits vollbracht sein dürfte [3]), zu ihrer Heraushebung eine besondere Zusammenstellung erforderlich wäre, deren wir, wie sich bald zeigen wird, für unsern Zweck zunächst nicht mehr benöthigt sind, und ferner weil selbst das Resultat einer solchen Nachweisung, als nur für Veränderungen in den thatsächlichen Verhältnissen maßgebend, noch nicht ohne weiteres auf die Veränderungen in der Gesetzgebung zu übertragen wäre. Denn so weit wir davon entfernt sind, jede Analogie zwischen diesen beiden Arten von Veränderungen zu leugnen, so wenig findet doch Identität zwischen beiden statt, oder vielmehr es findet Identität und Unterschied zugleich statt, und beide würden durch eine neue Entwickelung erst wieder sehr sorgfältig auseinander zu halten sein. Wir werden in dieser Hinsicht später sehen (in den Anwendun-

---

1) Im Tit. de r. j., L. 85, §. 1.

2) Jos. Averanius, Interprett. Juris, lib. IV, c. 20—26, 3. Ausg. (Leyden 1753), II, 764—841.

3) Und freilich muß diese Lösung auch durch unsere Arbeit vollbracht sein. Denn der Gedanke, warum und inwiefern der Rechtswechsel frühere Rechtsverhältnisse aufheben kann, ist mit der Frage, warum thatsächliche Veränderung dies nicht vermag und wo auch sie es vermag, innerlich so connexer Natur, daß sich der erste gar nicht aus seiner speculativen Tiefe entwickeln läßt, ohne durch das hieraus über die innerste Gedankennatur des Rechts sich ergießende Licht auch die zweite Frage und ihre begrifflichen Unterschiede in vollkommene Helle gestellt zu haben.

gen, Nr. VI), daß Savigny zu vielen irrigen Resultaten beim Erbrecht eben dadurch gelangt, daß er den bestimmten Unterschied der begrifflichen und rechtlichen Wirkungen, welche den thatsächlichen und gesetzlichen Veränderungen zukommen, sich nicht entwickelt, und beide, wie dies bei der unklaren Kategorie der „Analogie" stets widerfährt, als analog behandelt hat in Punkten, in welchen sie durchaus begrifflich auseinandergehen.

Diesen begrifflichen Unterschied zu entwickeln, welcher den Wirkungen thatsächlicher und rechtlicher Veränderungen zukommt und die Rechtsverschiedenheit dieser Wirkungen bestimmt, halten wir nun allerdings für eine unabweisbare Aufgabe eines Jeden, der unsere Materie gründlich zu lösen beabsichtigt. Und so wenig einer unserer Vorgänger auch nur den Versuch dazu gemacht hat, so werden wir dennoch in §. 10 genöthigt sein diesen Unterschied aus seiner begrifflichen Tiefe heraus zu entwickeln. — Allein gegenwärtig ist dies noch nicht erforderlich.

Denn die Pandekten enthalten — und ebendeshalb ist es für unsern jetzigen Zweck völlig überflüssig, die bezeichneten Erörterungen hier vorzunehmen — in den Entscheidungen, welche sie unter der Einwirkung des zweiten Princips von der nachträglichen Hinfälligkeit der Obligationen geben, mindestens einige Fälle, in welchen die eingetretene Veränderung nur ganz scheinbar einen Wechsel in den **thatsächlichen** Verhältnissen, in Wahrheit aber einen Wechsel in den **rechtlichen** Verhältnissen, eine Veränderung in der **Gesetzgebung** darstellt!

Wenn eine Sache verkauft wurde und nach abgeschlossenem Verkauf, aber noch ehe die Tradition an den Käufer erfolgte, ohne die Schuld des Verkäufers in irgendeiner Weise zu Grunde ging, so bleibt nach römischer Lehre der Verkauf bestehen und der Verkäufer [1]) hat das Recht, den verabredeten Kaufpreis vom Käufer zu fordern. Die Sache ist auf Gefahr des Käufers zu Grunde gegangen, ohne daß dadurch der Verkaufsvertrag entkräftet wird.

---

1) Denn er hat den Käufer in obligatione, und diese obligatio ist nicht zu Grunde gegangen.

Die Institutionen enthalten diese Lehre auf das Ausdrücklichste [1]):

„Quum autem emtio et venditio contracta sit (quod effici diximus simulatque de pretio convenerit, quum sine scriptura res agitur) periculum rei venditae statim ad emtorem pertinet, tametsi adhuc ea res emtori tradita non sit. Itaque si homo mortuus sit vel aliqua parte corporis laesus fuerit, aut aedes totae vel aliqua ex parte incendio consumatae fuerint, aut fundus vi fluminis totus vel aliqua ex parte ablatus sit, sive etiam inundatione aquae aut arboribus turbine dejectis longe minor aut deterior esse coeperit; *emtoris damnum est*, cui necesse est *licet rem non fuerit nactus, pretium solvere*; *quidquid enim sine dolo et culpa venditoris accidit, in eo venditor securus est.*"

Ebenso bestimmt wird diese Lehre in den Entscheidungen der Pandekten vorgetragen, z. B. von Julianus [2]):

„Mortuo autem homine perinde habenda est venditio, ac si traditus fuisset, utpote quum venditor *liberetur* et *emtori homo pereat*; quare, nisi justa conventio intervenerit, actiones ex emto et vendito manebunt"

und von andern. [3])

In allen diesen Fällen des Untergangs bestand derselbe in dem Eintreten einer Veränderung in den thatsächlichen Verhältnissen der Sache. Er war rein factischer Natur. Diese Veränderung berührt also den gültigen Fortbestand des Contracts nicht.

Wie aber, wenn eine verkaufte Sache vor der Tradition —

---

1) Inst. §. 3 de emtione et venditione (3, 23).

2) L. 5, §. 2 de rescind. vendit. (18, 5).

3) Paulus in der L. 21 de heredit. vel act. vend. (18, 4). Celsus in der L. 16 de condictione causa data c. n. s. (12, 4), der nicht beim Verkaufscontract, sondern nur bei der Obligation ob rem datam non secutam ein anderes annehmen will, und endlich die Verordnung der Kaiser Diocletian und Maximinian L. ult. C. de pericul. et comm. rei vend. (4, 48).

und zwar ohne Schuld des Verkäufers — *extra commercium* erklärt worden ist? Wenn also ein Grundstück publicirt worden, oder eine Sache zur res sacra vel religiosa erklärt worden oder ein fremder Sklave, den ich verkauft habe, freigelassen worden ist?

Constatiren wir zunächst, daß diese Art von Veränderung keine blos factische mehr ist, sondern eine solche nur scheinbar, in der That aber eine Veränderung rechtlicher Natur, eine Veränderung in der die Sache betreffenden Gesetzgebung darstellt.

Veränderung in der Gesetzgebung besteht bekanntlich, zum Unterschied von der factischen Veränderung, darin, daß, während die Sache in ihren thatsächlichen Verhältnissen dieselbe geblieben, nur die Rechtsregel, unter welche sie zu subsumiren ist, eine andere geworden ist.

In der That ist es dies, was in jenen Fällen vorliegt. Das ihnen anklebende Moment factischer Veränderung besteht lediglich darin, daß hier für eine individuell-bestimmte Sache [1]) eine neue Rechtsregel erlassen, resp. jene Sache unter eine andere Rechtsregel als ihre bisherige subsumirt worden ist. Diese Veränderung hat somit nur die Natur einer *lex specialis*, die für eine individuell-bestimmte Sache erlassen worden ist, aber immerhin also die Natur einer legalen Veränderung. Für die gegenwärtige Frage ist es schlechthin gleichgültig, ob ein bestimmter Garten oder ein gewisser Stichus unter ein neues Gesetz fällt, weil für das ganze Genus, unter welches auch dieser bestimmte Garten und dieser bestimmte Stichus fällt, ein neues Gesetz verkündet worden oder weil nur für diesen bestimmten Garten und diesen bestimmten Stichus ein solches erlassen worden ist. — Es ist für die uns hier beschäftigende Frage ebenso schlechthin gleichgültig, ob das neue Gesetz eine solche Rechtsregel ist, die bisher noch gar nicht bestand, oder die bisher zwar schon bestand, aber nicht für diese bestimm-

---

1) Der für den gegenwärtigen Zweck noch gleichgültige begriffliche Unterschied zwischen dem durch factische Momente vermittelten Rechtswechsel und dem reinen Rechtswechsel wird gleichfalls im §. 10 zu seiner Entwickelung gelangen.

ten Objecte bestand, die jetzt unter sie subsumirt werden. Die römischen Juristen behandeln es daher in ihren bald anzuführenden Aussprüchen mit Recht als ganz auf derselben Linie stehend, ob ein Sklave von seinem Herrn freigelassen oder ob „lege aliqua" eine Sache sacrirt oder ein Grundstück publicirt oder ein Sklave freigelassen worden sei u. s. w. Und ebenso wenig wird jemand bezweifeln können, daß die Entscheidungen, welche sie für diese Fälle geben, nothwendig dieselben bleiben müßten, wenn alle Gärten dieser Art publicirt, alle Sachen dieser Gattung zu res sacrae vel religiosae gemacht, alle Sklaven dieser Beschaffenheit oder alle Sklaven überhaupt freigegeben würden und diese individuellen Objecte nun um des Genus willen, dem sie angehören, unter ihren neuen Rechtszustand zu subsumiren wären.

Am klarsten und einfachsten tritt aber die Wahrheit des Gesagten z. B. daran hervor, daß eine Sache zu einer res sacra bekanntlich immer nur durch ein besonderes Gesetz gemacht werden konnte: Sed sacrum quidem *solum* existimatur auctoritate populi Romani fieri; consecratur enim *lege de ea re lata aut senatusconsulto facto.* [1])

Soviel ist also hierdurch klar bewiesen, daß die Pandekten, wie man merkwürdigerweise stets unbeachtet gelassen hat, in den angegebenen Fällen gerade solche Fälle setzen und entscheiden, in denen zwischen der Abschließung des Vertrages und seiner Erfüllung ein Wechsel in dem die Sache regierenden Gesetze eingetreten ist.

Und wie entscheiden sie nun die in Rede stehenden Fälle?

Sie entscheiden sie auf das bestimmteste dahin, daß, wenn die Sache zwischen Verkauf und Tradition zu einer res sacra vel religiosa oder publicirt worden ist, im stricten Gegensatz zu dem, was für den Fall ihres factischen Untergangs in diesem Zeitraum gilt, der Käufer weder die Sache noch der Verkäufer den Kaufpreis fordern, ersterer vielmehr diesen, wenn

---

1) Gajus, II, §. 5. — L. 6, §. 3; L. 9 de div. rer. (1, 8); Inst., II, 1, §. 8; Festus v. Sacer mons, ed. O. Müller, p. 318, 321, und Aelius Gallus daselbst.

er schon gezahlt ist, zurückverlangen kann; daß also hier durch die inzwischen eingetretene Erklärung der Sache zu einer *res extra commercium* der Vertrag selbst nachträglich hinfällig und ungültig wird.

So Paulus [1]:

„Sacram vel religiosam rem, vel usibus publicis in perpetuum relictam — — — inutiliter stipulor, quamvis sacra profana fieri, et usibus publicis relicta in privatos usus reverti et ex libero servus fieri potest. *Nam et quum quis rem profanam aut Stichum dari promisit, liberatur, si sine facto ejus res sacra esse coeperit aut Stichus ad libertatem pervenerit.*"

Und so vernichtet ist dann die Obligation, daß sie nicht wieder auflebt, wenn durch ein anderes Gesetz die Sache wieder profan, oder wenn Stichus wieder zum Sklaven geworden, wie Paulus daselbst ausdrücklich weiter erklärt:

„*Nec revocantur in obligationem*, si rursus *lege aliqua* et res sacra *profana esse coeperit*, et Stichus ex libero *servus effectus* sit, quoniam una atque eadem causa et liberandi et obligandi esset, quod aut dari non possit aut dari possit."

Es zeigt sich also hieran, daß nicht blos wegen der factischen Unmöglichkeit die Ausführung der Obligation fortfällt, weil diese dann nur bis zur wiedereingetretenen Möglichkeit sistirt sein müßte [2]), sondern daß die Existenz der Obligation selbst vernichtet wird.

---

1) L. 83, §. 5, de v. o. (45, 1).

2) Was, wenn die Unmöglichkeit aus blos factischen Gründen eintritt, in der That der Fall ist, wie Paulus dies daselbst von dem Schiff lehrt, welches nach der Obligation von seinem Eigenthümer auseinandergenommen, dann aber aus denselben Balken wieder zusammengesetzt worden ist, wodurch die Verpflichtung wieder fortwirkt. Am deutlichsten setzt diesen Unterschied Paulus in der L. 98, §. 8, de solut. (46, 3) auseinander: „. . . Nec simili argumento usus est, ut si navem, quam tu promisisti, dominus dissolverit, deinde iisdem tabulis compegerit, *teneri te;* hic enim eadem navis, quam te daturam spopondisti, *ut videatur magis obligatio cessare, quam extincta esse.*"

Ebenso bestimmt lehrt dies Africanus für den Fall, daß ein verkauftes Grundstück vor der Uebergabe publicirt wird, und fügt noch hinzu, daß auch der schon gezahlte Kaufpreis dann zurückgezahlt werden muß [1])

> „... nam et si vendideris mihi fundum, isque, priusquam vacuus traderetur, *publicatus* fuerit, tenearis ex emto. Quod *hactenus verum sit*, ut *pretium restituas*, non ut etiam id praestes, si *quid pluris mea intersit* [2]), eum vacuum mihi tradi",

worauf Africanus denselben Grundsatz auch auf den Miethsvertrag anwendet. [3])

---

1) L. 33 locati cond. (19, 2).

2) Es soll also nur der Kaufpreis restituirt und wenn dieser noch nicht gezahlt ist, überhaupt nichts aus dem Vertrage geleistet werden. Der Vertrag ist also aufgelöst. — Wenn ich dagegen unwissend Grundstücke gekauft habe, die schon zur Zeit des Kaufs publicirt waren, so habe ich allerdings durch die actio ex emto den Anspruch, daß mir das Interesse geleistet werde. Vergl. Modestinus in der L. 62, §. 1, de contrah. empt. (18, 1): „Qui nesciens loca sacra vel religiosa, vel publica pro privatis comparavit, licet emtio non teneat, *ex emto tamen adversus venditorem* experietur, ut consequatur *quod interfuit ejus*, ne deciperetur." Ebenso Inst. §. 5 de emption. vendit. (3, 23). Hier bleibt also die Obligation als solche bestehen und löst sich nur in die noch mögliche Art ihrer Erfüllung auf.

3) Diese Stelle des Africanus mußte bisher stets misverstanden werden und hat deshalb seit jeher und bis auf den heutigen Tag das Kreuz der römischen Juristen ausgemacht, die sich bei der Behandlung des Titels: de periculo et commodo rei venditae nutzlos an ihr zermartert haben! Cujaz wurde durch sie verführt, statt der herrschenden und gar keinem Zweifel unterworfenen Lehre, daß mit dem Kaufcontract die Gefahr auf den Käufer übergehe, das Gegentheil derselben aufzustellen (Tract. VIII ad Africanum in L. 23 D. Locati. Opp. I, 1479, und Observ. XXIII, c. 29), ist aber später von diesem großen Irrthum zurückgekommen (Comm. ad Paul. ad Edict., lib. 33, l. 8, de per. et commodo, Opp. V, 513), ohne die Stelle des Africanus damit versöhnen zu können. Die äußerst verunglückten Erklärungen von etwa zweihundert andern großen Rechtsgelehrten kann man bei Glück, Pandekten, XVII, 133—143, nachlesen. „Der bescheidenere Theil der Rechtsgelehrten", sagt Glück, „gesteht zwar, daß Africanus im Falle der Publication der verkauften Sache von der oben angegebenen Regel des Civilrechts abgewichen sei; warum aber? davon lasse sich kein befriedigender Grund angeben." Und so steht die Sache bis heute. So

Und an einer andern Stelle gibt Paulus nicht nur hinsichts des freigewordenen Sklaven nochmals dieselbe Entscheidung, sondern bezeugt es auch ausdrücklich als die allgemein anerkannte Lehre, daß, wenn derselbe durch ein neues Gesetz wieder zum Sklaven wird, die Obligation dadurch nicht wiederauflebt [1]:

„... Respondi, si alienum hominem promisi, et is a domino manumissus est, *liberor*. *Nec admissum est quod Celsus ait*, si idem rursus *lege aliqua servus*

---

sagt z. B. Vangerow, Pandekten (Marburg 1852), III, 217: „Bei dem Kaufcontracte wird in einer Reihe von Stellen völlig unzweideutig und bestimmt der Grundsatz ausgesprochen, daß mit dem Augenblick der Perfection die Gefahr auf den Käufer übergehe, d. h., daß wenn die Waare casuell zu Grunde gehe, der Käufer dennoch den versprochenen Kaufpreis dafür zu entrichten habe", worauf er dann, als „einige Bedenklichkeit" dagegen erregend, die Stelle des Africanus anführt. Diese angebliche Bedenklichkeit will er dann damit wieder beseitigen: bei dieser Stelle „müsse wol vorausgesetzt (!!) werden, daß der Grund der Confiscation schon vor die Zeit des Contracts fällt (!!!), sodaß die Sache als eine vitiöse erscheint und deshalb kein Anspruch auf den Kaufpreis begründet ist". Diese Erklärung rührt schon von Voet her; ehe man aber auf so überaus gewaltthätige Weise eine Stelle gegen ihren offenbaren Sinn und Buchstabenlaut auslegt, sowie gegen alle Gesetze kritischer Interpretation, welche nicht erlauben, daß man die Schwierigkeit und das Interesse einer Stelle durch verflachende Voraussetzungen los zu werden sucht, ist es besser, sich, wie Glück sagt, zu dem bescheidenern Theile zu stellen und einzugestehen, daß die Sache vorab nicht zu begreifen sei.

Verstanden aber konnte bisher die Stelle nicht werden, da man jene ganze oben entwickelte Theorie der Pandekten übersehen hatte. Mit derselben erweist sich nun die Entscheidung des Africanus als nothwendig und als ganz identisch mit den andern oben angeführten Parallelstellen, andererseits zugleich als der Lehre de periculo et commodo rei venditae durchaus nicht entgegenstehend, weil die Sache eben nicht factisch untergegangen, sondern *extra commercium* erklärt worden ist. Das Eigenthum an derselben war, da die Uebergabe noch nicht erfolgt ist, noch nicht übergegangen. Nur ein Vertrag bestand in Bezug auf dieselbe. Da die Sache extra commercium d. i. außerhalb der rechtlichen Herrschaft des Privatwillens erklärt worden ist, und also nicht mehr Gegenstand desselben sein kann, ist der Vertrag zerstört und Käufer wie Verkäufer haben nun in Bezug auf die Sache nichts mehr voneinander zu fordern oder müssen sich resp. das schon Geleistete herausgeben.

1) L. 98, §. 8, de solut. (46, 3).

effectus sit, peti eum posse, *in perpetuum enim sublata obligatio restitui non posse*, et si servus effectus sit, alius videtur esse.

In allen diesen Fällen wird also die Obligation gänzlich vernichtet.[1]

Alle diese Fälle beruhen, wie bereits hervorgehoben ist, auf der gemeinschaftlichen Axe, daß die Sache, welche Gegenstand der Obligation war, nicht factisch zu Grunde ging, sondern *extra commercium* erklärt worden ist.

Unter den *res extra commercium* verstanden aber die Römer bekanntlich nichts anderes als solche Sachen, welche der Unterwerfung unter die Herrschaft des individuellen Willens entzogen sind (und deshalb auch nicht Gegenstand des Verkehrs sein können). Mit andern Worten: Die res extra commercium sind bekanntlich ganz identisch mit den res quae extra nostrum patrimonium habentur, indem jene Eintheilung denselben Gedanken, die Unfähigkeit einer Sache, in die Eigenthumssphäre des Privatwillens zu fallen, in Bezug auf das Werden, diese in Bezug auf das Sein ausspricht.[2]

Das heißt also: „Wir haben in diesen Pandektenentscheidungen nichts anderes vor uns, als die stricte Anerkennung der in diesem Paragraph von uns auf anderm Wege entwickelten Theorie über die Prohibitivgesetze!

Geht die Sache factisch unter, so bleibt der Vertrag bestehen; geht aber nicht die Sache, sondern das Recht auf dieselbe überhaupt zu Grunde, geht dies zu Grunde, daß ein Rechtsinhalt Eigenthum sein, d. h. in die Herrschaftssphäre des individuellen Willens hineinfallen darf, so ist der Vertrag selbst, durch welchen dies Recht erworben, veräußert, übertragen wird, caduc, und zwar ohne weiteres, ohne Anspruch auf Erfüllung, Entschädigung und

---

1) Ebenso die Schadenersatz-Obligation aus der L. Aquilia; s. Ulpian's Entscheidung in der L. 15 ad Leg. Aqu. (19, 2), oben S. 287.

2) Siehe z. B. Boecking, Einleitung in die Pandekten des röm. Privatr., I, 247: „Denselben Gegensatz, nur wie jene (die res extra patrimonium) aus dem Gesichtspunkt des Habens, sondern aus dem des Erwerbens aufgefaßt, drückt die Eintheilung in res quae in commercio sunt aut quarum commercium non est aus."

Interesseleistung caduc. Evanescit obligatio, resolvitur contractus.

Oder, wie wir dies sonst ausgedrückt haben, ist die Prohibition die totale, daß ein bestimmtes Rechtsobject oder ein genau qualificirtes Recht überhaupt nicht mehr von der Privatperson besessen werden kann, so sind auch die schon geschehenen Erwerbungen und Stipulationen *eo ipso* hinfällig. Alle Ansprüche auf dies Recht konnten von vornherein nur erworben werden auf die Dauer seines Bestehens.[1])

---

1) Hierbei ergibt sich auch noch ein sehr heller bestätigender Blick in die im Anfang dieses Paragraphen entwickelte Natur der Prohibitivgesetze. Warum kann ich nach Römischem Recht nicht in gültiger Weise die conditionelle Stipulation treffen: daß ich den (freien) Stichus liefern werde, wenn er durch ein anderes Gesetz zu einem Sklaven geworden sein wird, oder dieses Grundstück, wenn es aus einem sacro vel religioso zu einem profanen geworden sein wird? Daß ich es nicht kann, sagt Paulus L. 83 de v. o., §. 5 (45, 1) ganz positiv, und hat sehr Recht dabei. Aber die Gründe, die er dafür angibt, sind, wie alle Gründe in den von uns in den letzten Erörterungen betrachteten Stellen, sehr unzureichender und unbeholfener Natur. Er sagt, dies ginge deshalb nicht, quia *nec praesentis temporis obligationem recipere potest* (warum aber? danach wird ja eben gefragt; diese Antwort ist eine petitio principii) et ea duntaxat quae natura sui *possibilia* sunt, deducuntur in obligationem. Aber möglich bleibt ja ein solcher Gesetzwechsel sehr wohl, wie schon seine Unterstellung durch die römischen Juristen selbst zeigt; möglich bleibt er ganz ebenso gut, als wie daß der Herr das auseinander genommene Schiff wieder zusammensetzt u. s. w. Der Grund ist, wie bei den letzten Erörterungen überhaupt, ein speculativer, und darum fühlen ihn die römischen Juristen, ohne ihn zu Tage fördern zu können.

Er ist offenbar folgender: daß ein freier Mensch, ein religiöser Ort u. s. w. verkauft werde, ist prohibirt; d. h. das gesammte Rechtsbewußtsein des Volkes verhält sich ausschließend dagegen. Nun ist das Rechtsbewußtsein des Volkes die alleinige Rechtssubstanz, der einzige Boden, in dem alles Recht überhaupt existirt und Wirklichkeit hat (siehe oben S. 195 fg.). Wenn ich nun die factische Absicht habe, diesen Menschen oder diesen Ort später, wenn das prohibitive Gesetz aufgehoben sein wird, zu verkaufen, und wenn dies seiner Zeit auch ganz zulässig sein wird, wie will ich denn diese factische Absicht gegenwärtig auf den Rechtsboden übertragen, sodaß sie rechtlich wird und mich für das spätere Eintreten des durch die Bedingung bestimmten Falles bindet?

Ich kann diesen factischen Willen gar nicht auf den Rechtsboden über-

Und jetzt erst, wo wir die von uns auf rein begrifflichem Wege entwickelte und durch so viele andere Beweise belegte Theorie auch als die innerlich den Pandekten zu Grunde liegende nachgewiesen und somit durch die Entscheidungen jener römischen Virtuosen der formellen Rechtslogik bewährt haben, deren Virtuosität seitdem nicht wieder ihresgleichen gefunden, halten wir diese Theorie fortan gegen jeden Versuch wissenschaftlicher Anfechtung für vollständig gesichert, und es bleibt uns zunächst nur noch übrig, in dem folgenden Paragraphen weitere Consequenzen derselben zu ziehen.

§. 8. Absolute Gesetze. Exceptio rei in judicium deductae und rei judicatae. Unterschied der obligatorischen und dinglichen Rechte.

Aus dem S. 255 hervorgehobenen Unterschied zwischen obligatorischen und dinglichen Rechten ergibt sich nun eine Consequenz über den verschiedenen Einfluß von Prohibitivgesetzen auf die exceptio rei in judicium deductae und die exceptio rei judicatae bei obligatorischen Forderungen.

Die obligatorische Forderung empfängt, wie daselbst bemerkt, ihre bestimmte juristische Natur sowol aus der Handlung, auf die sie Anspruch gibt, als aus ihrem Erwerbungsgrund. Ein Gesetz also, welches verfügt, daß aus einem bestimmten Erwerbungsgrund keine Obligation mehr solle entspringen dürfen, fällt daher in die erste der beiden auf S. 252 fg. unterschiedenen

---

tragen, ihm nicht rechtliche Wirklichkeit darin geben, weil sich dieser Rechtsboden selbst, das Rechtsbewußtsein des ganzen Volkes, vorläufig repulsiv dagegen verhält, und natürlich ebenso — und noch mehr — zeitweilig repulsiv und ausschließend gegen die Anschauung, daß der gegenwärtige zwingende Inhalt seines Bewußtseins nicht mehr der seinige sein werde.

Meine Stipulation, auch wenn ich sie treffe, bleibt also eine blos factisch naturale Absicht, die gar nicht dazu gelangt, in die Rechtssphäre übergehen und somit rechtliches Dasein gewinnen zu können. Weil wegen dieses negativen Verhaltens der Rechtssphäre zu jener Absicht dieselbe in keiner Weise irgend in sie einzudringen vermag, sagt Ulpian sehr richtig: res sacra non recipit aestimationem (L. 9, §. 5, D. de div. rer., 1, 8). Uebrigens werden wir später Gelegenheit haben, den Fall des Paulus weiter zu betrachten und zu sehen, welcher Unterschiede er fähig ist.

Arten von Prohibitivgesetzen. Es zerstört also die zur Zeit bereits vorhandenen aus diesem Erwerbungsgrund fließenden obligatorischen Forderungen. Es zerstört sie also nothwendig auch dann, wenn dieselben bereits vor Erlaß des Gesetzes eingeklagt waren; denn es reicht nicht hin, daß das Recht im Kläger am Tage der Klage vorhanden war, es muß auch noch zur Zeit des Urtheils in ihm gegenwärtig sein, um ihm zugesprochen zu werden. [1]) So wird z. B., wenn auf Entschädigung wegen Schwängerung geklagt ist, diese Forderung nicht zuerkannt werden können, wenn während des Processes ein Gesetz erscheint, welches Entschädigungsklagen aus diesem Grunde verbietet. Anders dagegen verhält es sich mit der res judicata. Wenn das Prohibitivgesetz nicht die Handlung, auf welche die Obligation Anspruch gibt, also das Rechtsobject selbst, auf welches erkannt worden ist, der Unterwerfung unter individuelle Willensherrschaft entzieht und zu einem solchen macht, das nicht mehr besessen werden kann, wenn das neue Prohibitivgesetz vielmehr nur verbietet, daß der Anspruch auf eine an sich zulässige obligatorische Leistung aus einem bestimmten Erwerbungsgrund hervorgehe, so kann dasselbe nur die hängige Klage zerstören, auf das rechtskräftige Urtheil aber in keiner Weise einwirken. Es wird also in dem angegebenen Fall die schwängerungshalber einmal rechtskräftig zuerkannte Entschädigungssumme schlechterdings gezahlt werden müssen, wenn auch vor der Execution ein jeden Rechtsanspruch wegen Schwängerung verbietendes Gesetz erscheint.

Der Grund dieses Unterschiedes zwischen der exceptio rei in judicium deductae und rei judicatae ist klar. Die hängige Klage erfordert, daß der Rechtsgrund, aus welchem mir ein obligatorischer Anspruch zuerkannt werden soll, noch wirksam sein könne. Bei der res judicata dagegen kommt es gar nicht mehr auf den ursprünglichen Erwerbungsgrund an, weil das Urtheil eine Novation enthält (s. oben S. 160 und Anm. 1 das.). An die Stelle des frühern Erwerbungsgrundes ist jetzt ein neuer und selbständiger getreten, das Urtheil selbst. Das Prohibitivgesetz, welches verbietet, daß aus einem bestimmten

1) Vgl. hierüber Averanius, Interprett. Juris, lib. IV, c. 23, p. 781 sqq., ed. Lugdun. 1753.

Erwerbungsgrunde Ansprüche von an sich noch ferner zulässiger Natur entspringen, kann also den Inhaber des Judicat nicht mehr treffen; denn dieser fordert nicht mehr aus dem ursprünglichen Erwerbungsgrunde, dessen Bestimmtheit vielmehr in und durch den neuen Titel zu Grunde gegangen ist. Er fordert mit der *actio judicati*. Mit andern Worten: an die Stelle des qualitativ-bestimmten Erwerbungsgrundes, welcher jetzt prohibirt ist, ist ein Judicat — und ebenso ein Vergleich —, ein durch Willenshandlung überhaupt [1]) constituirtes Recht getreten. Und da auch das Object, auf welches erkannt worden ist — Zahlung einer Geldentschädigung überhaupt —, in dem unterstellten Fall nicht prohibirt ist, so würde die Anwendung des prohibitiven Gesetzes auf die wegen Schwängerung ergangenen Urtheile oder Vergleiche eine wahre Rückwirkung und Verletzung des durch zulässige individuelle Willensaction Erworbenen darstellen.

Prohibitive Gesetze über obligatorische Forderungen werden meistens diese Natur haben, sich nur gegen den Erwerbungsgrund der Obligation zu richten, und werden deshalb die res judicata respectiren müssen.

Gleichwol sind auch die Fälle nicht selten, in welchen Gesetze das Object von Obligationen prohibiren, d. h. die bestimmte Handlung, zu deren Forderung die Obligation berechtigt, für eine solche erklären, auf die ein Anspruch überhaupt nicht mehr besessen werden kann. In diesem Falle wird also, wie unsere gesammte bisherige Entwickelung gezeigt hat, auch die res judicata durch das Prohibitivgesetz nothwendig mit abolirt.

Wenn also z. B. unter einer Gesetzgebung auf Erfüllung von Heirathsversprechen geklagt werden kann und ein rechtskräftiges Urtheil hierauf ergangen ist, durch ein neues Gesetz aber Zwangsanspruch auf Heirath als der persönlichen Freiheit zuwi-

---

1) Daher das Princip, daß das Urtheil wie ein Contract wirkt; siehe Ulpian und Marcellus in der L. 3, §. 11, de peculio (15, 1): „.... nam sicut *in stipulatione contrahitur* — ita *judicio contrahi* proinde *non originem judicii spectandam*, sed *ipsam judicati velut obligationem*"; Worte welche die obige Theorie auf das ausdrücklichste bestätigen.

Daher auch die Folge, daß die actio judicati stets in personam geht, wenn auch die ursprüngliche Klage eine dingliche war.

der abgeschafft wird, so wird hierdurch auch die res judicata wirkungslos. Denn Zwangsanspruch auf Heirath ist jetzt etwas, das nicht mehr besessen werden, vom Individuum gar nicht mehr zu seinem Eigenthum gemacht werden kann, und es greifen daher hier die Entwickelungen des vorigen Paragraphen platz.

Ebenso wenn ein rechtskräftiges Urtheil auf Alimente an ein uneheliches Kind ergangen ist und ein neues Gesetz diese Verpflichtung bei unehelichen Kindern aufhebt. Von jetzt ab wird das Alimentenurtheil wirkungslos; denn dasselbe ist nicht so abstract aufzufassen, als habe es auf Geldzahlungen im allgemeinen erkannt — in Geld lösen sich freilich fast alle Ansprüche auf —, sondern in seiner bestimmten juristischen Natur: es ist auf Leistung von Alimenten erkannt worden[1]), auf verwandtschaftliche Unterstützung. Das Recht des unehelichen Kindes auf verwandtschaftliche Unterstützung des Vaters ist aber aufgehoben, es kann somit weder erworben noch weiter besessen werden. Was hier prohibirt ist, ist nicht blos der Erwerbungsgrund des Anspruchs, sondern der bestimmte inhaltliche Anspruch selbst, das Object, auf welches durch das Urtheil erkannt worden ist.

Bei dinglichen Rechten kann der in diesem Paragraph entwickelte Unterschied zwischen der exceptio rei in judicium deductae und der exc. rei judicatae nicht eintreten. Und zwar deshalb nicht, weil bei dinglichen Rechten der Erwerbungsgrund nicht, wie bei der Obligation, zur juristischen Natur derselben gehört, sondern zur Gleichgültigkeit der besondern factischen Handlung zusammensinkt, durch welche das dingliche Recht erworben worden ist. Es ist schlechthin einflußlos auf die rechtliche Natur des Eigenthums, der Servitut u. s. w., ob ich das Eigenthumsrecht durch Erbschaft, Usucapion, Kauf u. s. w. erworben habe (s. oben S. 255). Bei den dinglichen Rechten fällt daher jedes blos gegen den Erwerbungsgrund prohibitive Gesetz — z. B. daß Eigenthum nicht mehr durch Usucapion erlangt werden können

---

1) Daß die bestimmte juristische Natur des Anspruchs hier qualificirend in dem Object, auf das erkannt worden ist, fortlebt und er deshalb also nicht zur Forderung überhaupt zusammengesunken ist, ist ja unbestreitbar. Darum können z. B. Alimente für insaisissables und für nicht compensirbar erklärt werden (Cod. civ., Art. 1293; Cod. de proc., Art. 581). Darum erbt der Erbe des Alimentandus die Forderung nicht u. s. w.

solle — mit Nothwendigkeit in die zweite der beiden S. 252 fg. dargestellten Klassen von Prohibitivgesetzen, und wirkt daher auch auf die hängige Klage nicht ein, da es nicht einmal auf das bloße entstandene Recht vor der Klageanhängung einwirkt; während andererseits Prohibitivgesetze, welche nicht den Erwerbungsgrund des dinglichen Rechts, sondern dieses selbst aufheben, oder die eine durch den Erwerbungsgrund zwar vermittelte, aber an dem dinglichen Recht selbst wieder hervortretende nähere Bestimmtheit desselben aufheben (s. oben S. 255 und 256), stets zu denen gehören, die einen Rechtsinhalt außerhalb des Eigenthums erklären und daher auch auf die durch res judicata festgestellten Eigenthumsverhältnisse eingreifen.

§. 9. Absolute Gesetze. Auflösung der Formel von den vollbrachten Thatsachen. Der Besitz und sein Wesen. Juris quasi-possessio. Der Personenzustand.

Es muß hervorgehoben werden, daß wir bisjetzt noch kein Princip entwickelt haben, welches die durch Zahlung und factische Ausführung überhaupt einmal zu Ende gebrachten Rechtsverhältnisse gegen die Einwirkung von Prohibitivgesetzen der ersten Art (S. 252 fg.) schützt. Setzen wir z. B., um uns dem im vorigen Paragraph unterstellten Falle anzuschließen, es sei ein Urtheil auf Alimentation eines unehelichen Kindes ergangen und infolge desselben freiwillig auf mehrere Jahre im voraus gezahlt worden. Das Erscheinen eines diese Alimentenpflicht aufhebenden Gesetzes würde, wie wir sahen, das Urtheil von jetzt ab entkräften, aber zur Wiederforderung der vorausgezahlten Alimente kann es nicht berechtigen. Dies liegt auch nicht etwa an dem Zurückbleiben einer naturalis obligatio; denn die Folge würde dieselbe sein, wenn das neue Gesetz auch das Dasein einer naturalis obligatio in dem betreffenden Fall nicht anerkennen würde.

Man begründet dies stets damit, daß vollbrachte Thatsachen von neuen Gesetzen nicht berührt werden können oder, wie Savigny dies ausdrückt — welcher deshalb sogar jede Rechtfertigung dieses Satzes von der Untersuchung über die Rückwirkung der Gesetze zurückweist —, damit, daß das Gesetz nicht Geschehenes ungeschehen machen könne.

Was man mit diesen Sätzen ausrichten will, ist meistens ganz richtig. Allein wir haben schon S. 167 fg. gezeigt, daß der Satz von den vollbrachten Thatsachen theoretisch völlig unhaltbar sei, und haben bereits S. 54 fg. darauf aufmerksam gemacht, daß, inwiefern das Gesetz Geschehenes ungeschehen machen könne — was an sich sehr häufig im juristischen Sinne geschieht — oder nicht, sich gerade erst als Resultat dieser Untersuchung ergeben könne und müsse.

Wenn also unsere Theorie vollständig sein soll, werden wir, was Prohibitivgesetzen gegenüber bisher noch nicht von uns geschehen, einen andern, aus unserer Theorie selbst hervorfließenden Grund aufzeigen müssen, welcher dasselbe Richtige vollbringt, was man mit dem Satze von der Unberührbarkeit vollbrachter Thatsachen gewöhnlich auszurichten sucht.

Dieser Grund ist aber kein anderer, als das auch von dieser Seite hervortretende Wesen des Besitzes als eines selbständigen, auf der factischen Verbindung der Persönlichkeit mit einer Sache beruhenden Rechts, als welches der Besitz nach der in dem bekannten Meisterwerke Savigny's hierfür gegebenen Grundlage nunmehr allgemein anerkannt ist. [1])

Der Besitz als eigenes Recht gründet sich darauf, daß schon die Ineinssetzung der Sache mit einer Persönlichkeit ein rechtliches Band für sich bildet, bei welchem die causa in den Hintergrund tritt. Es ist hier in der Kürze an den Ausspruch Papinian's zu erinnern: „... possessio plurimum *facti* habet" [2]) und an den des Paulus: „... in summa possessionis non multum interest, juste quis an injuste possideat." [3])

Aus diesem Wesen des Besitzes ergibt sich für unsere Materie die nothwendige Folgerung, daß, solange ein Object überhaupt noch besessen werden kann, es gleichgültig ist, ob der Erwerbungs- und Entstehungsgrund dieses noch zulässigen Besitzes durch ein neues Gesetz prohibirt wird.

---

1) v. Savigny, Das Recht des Besitzes (6. Aufl., 1837); Puchta, Pandekten (5. Aufl., 1850), §. 122; Derselbe, Cursus der Instit., Bd. 2, §. 224.

2) L. 19 quibus ex caus. major. (4, 6).

3) L. 3, §. 5, de acqu. vel amitt. possessione (41, 2).

Das Prohibitivgesetz findet den Besitz, die bereits geschehene Vereinigung der Persönlichkeit mit der Sache, als ein besonderes Recht vor sich, das daher einzig und allein dadurch gebrochen wird und gebrochen werden kann, wenn sich das Prohibitivgesetz statt gegen den Entstehungsgrund des Besitzes, gegen die Fähigkeit eines Objectes, überhaupt besessen zu werden, richtet und also gerade die Möglichkeit desselben, sich in jener Vereinigung mit dem Individuum zu befinden, aufhebt.

Von hier aus ergibt sich auch, inwiefern man dem oben bezogenen, die lex commissoria aufhebenden Gesetz des Konstantin, je nach der Interpretation desselben, in der That den Vorwurf der Rückwirkung machen könnte (s. dies Gesetz oben S. 284, Note 1). Durch den Pfandvertrag der lex commissoria wurde eine Sache mit der Bestimmung dem Gläubiger verpfändet, daß, wenn derselbe nicht binnen einer bestimmten Zeit befriedigt sei, ihm dafür die Sache zum Eigenthum anerfallen sollte. An und für sich genommen, war dies eventuelle Recht des Gläubigers auf die Sache, als ein irrevocables, schon vom Momente des Vertrags ab ein erworbenes. Aber, wie unsere Theorie gezeigt hat, blos bis zum Eintreten eines prohibitiven Gesetzes. In der Anwendung dieses Gesetzes auf die bereits bestehenden Verträge, worin die Autoren die Rückwirkung erblicken wollen, ist also, insofern der für die Zahlung der Schuld stipulirte Termin noch nicht eingetreten war, nicht die leiseste Rückwirkung zu sehen. Anders wenn man annimmt, das Gesetz habe auch auf solche Fälle Anwendung finden wollen, in denen der festgesetzte Zahltermin bereits verstrichen und die Sache somit dem Gläubiger schon zum Eigenthum anerfallen war. Denn hier war nun bereits für sich selbständig-feste Ineinssetzung einer Sache mit einer Persönlichkeit einmal eingetreten, die Sache war in den Besitz derselben, gleichviel auf welchen Titel, einmal übergegangen, und es lag also ein finitum atque absolutum vor, das so lange nicht aufgehoben werden konnte, solange die Objecte dieses Besitzes nicht überhaupt für unfähig erklärt wurden, sich im Privatbesitz zu befinden [1]) (alicujus in bonis, in patrimonio esse).

---

1) Ob das Gesetz in diesem unzulässigen Sinne auszulegen ist, kann

Ganz so wie vom Objectsbesitz gilt dies auch von der juris quasi possessio, wiederum nur mit der Einschränkung, daß das Prohibitivgesetz nicht eben dies aufhebt, daß das betreffende Recht sich im Eigenthum und somit auch im Besitz des Individuums befinden kann.

Hierbei ist zu bemerken, daß auch der Personenzustand besessen werden kann. Die Freiheit kann vom Sklaven durch Ersitzung erworben werden (s. oben S. 76); ebenso kann, unter bestimmten Bedingungen, die Kindschaft ersessen werden (vgl. L. 14 de probat. et praes. [22, 3] — L. 9 und 22 C. de nuptiis [5, 4]. — L. 14 und 15 C. de probat. [4, 19], und die Vorschriften des Code civil über die possession d'état, Art. 197 und 320 fg.).

Hierauf beruht es, daß jeder durch Willensaction einmal constituirte persönliche Zustand auch prohibitiven Gesetzen gegenüber Stand hält, wenn diese nur den bestimmten Erwerb, nicht aber das Sein des Zustandes prohibiren. Ist also die Ehescheidung einmal eingetreten, so wirkt ein nunmehr erscheinendes Gesetz, welches Ehe für unauflöslich erklärt, auf die schon Geschiedenen nicht ein, obwol es das Dasein der Rechte betrifft und also, da, wo, wie unter dem Code civil, die Scheidung nicht vom Richter selbst, sondern vom Civilstandsbeamten ausgesprochen wird, das rechtskräftige, aber noch nicht vollstreckte Scheidungsurtheil allerdings außer Kraft setzen würde. Aber der Zustand der Ehelosigkeit ist durch dies Gesetz nicht abolirt, sondern nur ein bestimmter Wiedererwerb desselben durch Verheirathete. Der einmal erzeugte Besitz dieses Zustandes bleibt also, da

zweifelhaft erscheinen. Dafür scheinen die Worte des Gesetzes zu sprechen: . . . hac sanctione respiret, quae cum *praeteritis praesentia quoque* depellit et *futura* prohibet. Soll dies genau genommen werden, so bezieht sich das futura auf die künftigen, das praesentia auf die gegenwärtigen Verträge, und für das praeteritis würden dann nur Fälle übrig bleiben, wo der Zahltermin schon verstrichen und der Eigenthumsanfall also schon geschehen war. Allein es ist fraglich, ob das nicht überhaupt blos als phraseologischer Redeluxus zu nehmen ist. Hierauf weist hin, daß es heißt: Si quis tali contractu laborat, nicht laboraverit; und ferner, daß es am Schluß heißt: *creditores* re amissa u. s. w., während in jenem Fall nicht mehr blos von Gläubigern, sondern auch von Eigenthümern zu sprechen war.

selbiger noch besessen werden kann, von dem Prohibitivgesetz unberührt.

Hierauf beruht es auch, daß ein neues Gesetz über den Beweis, welchen der Ehemann zur Verleugnung eines in der Ehe geborenen Kindes seiner Gattin führen muß, zwar sofort auf die vorhandenen Kinder einwirkt, wenn der Beweis durch das neue Gesetz erschwert wird, nicht aber, wenn er durch dasselbe erleichtert wird. Wird der zu führende Beweis erschwert, so wird der Ehemann nur in einer vom Gesetz ihm eingeräumten Befugniß getroffen, von der er bis dahin keinen Gebrauch gemacht hatte. Ueberdies hat ein solches Gesetz einen streng zwingenden Charakter: Verleugnung des in der Ehe geborenen Kindes soll — außer in den noch übrig gelassenen Beweisfällen — nicht sein.

Wird dagegen der zur Verleugnung des Kindes erforderliche Beweis erleichtert, so scheint zwar zunächst dasselbe eintreten zu müssen. Auch würde man sich vergeblich mit Merlin (Rép. de Jurisp. v° Effet Rétroact., Sect. 3, §. 2, Art. 17, T. 5, p. 550) auf die Regel: Jura sanguinis nullo jure civili dirimi possunt [1]) dagegen berufen. Dieses Argument enthält eine petitio principii, da ja im unterstellten Fall der Ehemann das Dasein der jura sanguinis eben in Abrede stellt und sie erst als Resultat des nicht erbrachten Beweises hervorgehen würden. Wenn also dieser Beweis gegen die Schwierigkeit, welche der Grundsatz: pater est quem nuptiae demonstrant, zur Folge hat, erleichtert wird, so scheint es, daß schon nach der Regel: fictio cedit veritati, auch diese Erleichterung sofort platzgreifen müsse, zumal es sich einerseits um eine bloße Beweisfrage handelt, andererseits diese Bestimmungen in Gründen des öffentlichen Interesse wurzeln, und daher zum jus publicum gehören.

Allein wie sich aus dem Vorhergehenden ergibt, wäre diese Folgerung dennoch sehr irrig, und zwar aus folgendem Grunde. Das Kind hat sich durch Willensaction — welche vermöge der Personenrepräsentation in der Handlung der Aeltern gegeben ist (s. oben §. 2, A.) — den Zustand der Kindschaft als seinen

1) L. 8 de reg. juris (50, 17).

Besitz erzeugt, und da sich das neue Gesetz höchstens nur gegen die bestimmte Erwerbung, nicht gegen das Dasein dieses Zustandes an sich prohibitiv verhalten kann, so kann es auf die Fälle des bereits erlangten Besitzes dieses Zustandes nicht einwirken, das Kind somit denselben nicht anders verlieren, als unter den schon bei seiner Erwerbung vorbehalten gewesenen Beweisbedingungen.

Von hier aus ergibt sich auch erst das theoretische Verständniß vieler römischen Gesetze der Kaiserzeit, die sonst als unregelmäßig erscheinen müßten, jetzt aber wechselwirkend wieder dazu dienen, das Gesagte zu bestätigen. So verordnet z. B. Kaiser Justinus in der L. 7 C. de natural. liberis et matrib. (5, 27), indem er die vorhergehende Lex 6 des Kaiser Anastasius über das Erbrecht der natürlichen Kinder aufhebt, daß in Bezug auf diejenigen Kinder, welche nach oder vor jenem Gesetz des Anastas einmal durch Arrogation oder Adoption in die paterna sacra aufgenommen seien, die Adoption oder Arrogation mit ihren Wirkungen bestehen bleiben solle (firma permaneat). „Sint itaque — sagt Justinus — post eandem arrogationem seu adoptionem *sui* et in potestate patrum, successionesque tam ex testamento quam ab intestato capiant, prout in arrogatis seu adoptatis constitutum est." Von jetzt ab aber sollten nur in legitimer Ehe erzeugten Kinder erben können, und der Vorwand der Arrogation oder Adoption der natürlichen Kinder nicht mehr zu statten kommen.

Da dies Gesetz das Erbrecht betrifft, so könnte man es unregelmäßig und wider die Principien laufend finden wollen, daß es sich nicht auf alle bis dahin noch nicht deferirten Erbschaften anwendet. In der That aber würde dies eine große Verkennung der Sache in sich schließen. Das Gesetz handelt nicht über das Erbrecht der legitimen Kinder, welches stets abgeändert werden kann, und ebenso wenig über das der natürlichen Kinder als solcher. Es betrifft vielmehr die Frage, ob unter gewissen Umständen die natürlichen Kinder die Qualität von legitimen erhalten können. Das ihnen nach der Verordnung des Anastas zuerkannte Erbrecht war nur die aus dieser Qualität der sui und legitimi hervorfließende Folge derselben. Insofern nun bereits der Anastasianischen Verordnung entsprechend natür-

liche Kinder arrogirt und so zu sui gemacht worden waren, hatten sie durch diese einmal eingetretene Verbindung ihrer mit der Qualität der Legitimität den Besitz an dieser Qualität erlangt, der ihnen also nicht wieder entzogen werden konnte. — Oder aber man könnte sagen, das Gesetz betrifft eine Frage des Personenzustandes — ob natürliches, ob legitimes Kind — und muß deshalb sofort auf alle Personen zur Anwendung kommen. Aber insofern der Personenzustand durch das Familienrecht vermittelt ist, ist er infolge der Personenidentität nicht eine Befugniß, sondern ein durch individuelle Willensaction constituirtes Rechtsverhältniß (vgl. §. 2, A.).

§. 10. Absolute Gesetze. Convalescenz durch Fortfall derselben. Unterschied von materieller wie formeller Prohibition. Der begriffliche Unterschied von factischer und rechtlicher Veränderung. Unterschied in den Wirkungen. Die Ratihabition und die Auflösung ihrer sogenannten Ausnahmen in den Unterschied des Begriffs.

Wir haben in den vorhergehenden Paragraphen gesehen, inwiefern durch das Eintreten prohibitiver Gesetze die Wirksamkeit ursprünglich gültiger individueller Willensactionen auf ihre ihnen von vornherein immanente und aus dem substantiellen Wesen des Rechts folgende ideelle Grenze eingeschränkt wird.

Wir haben jetzt, als eine Folge derselben Principien und gewissermaßen als die begriffliche Gegenprobe zu der Richtigkeit derselben, zu zeigen, ob und inwiefern auch umgekehrt durch den Fortfall bestehender Prohibitivgesetze die durch dieselben prohibirten und somit ursprünglich nichtigen Willenshandlungen nachträglich convalesciren können.

Wir haben gesehen (S. 299, Note 1), daß der gegen ein Prohibitivgesetz angehende individuelle Wille unter keinen Umständen — auch nicht als blos conditioneller Wille — ein rechtliches Dasein erlangen kann, sondern schlechterdings als blos factischer natürlicher Wille vorhanden ist. Wenn aber dieser natürliche Wille vom Individuum so lange festgehalten wird, bis das Prohibitivgesetz verschwindet, so muß nun, da das einzige ihm bisher entgegenstehende Hinderniß fortgefallen ist, dieser bis

dahin blos factische Wille von jetzt ab auch rechtliches Dasein gewinnen, d. h. die Handlung convalescirt nachträglich, und man sieht, wie dies, statt eine Rückwirkung und also eine Verletzung der individuellen Willensfreiheit zu sein, vielmehr gerade auf dem Begriff der individuellen Willensfreiheit beruht, welcher, insofern ihm nicht verbietende Gesetze entgegenstehen, die unbedingte Geltung seines Daseins fordert.

Es folgt übrigens aus der angegebenen Begriffsbestimmung von selbst, daß diese nachträgliche Convalescenz nur bei dem Vorhandensein von folgenden zwei Bedingungen eintreten kann:

1) wenn das bisherige Prohibitivgesetz den Inhalt einer Handlung, nicht ihre Form, betraf; mit andern Worten, wenn es bisher dem Individuum durch die Prohibition schlechthin unmöglich war, einem Willensinhalt rechtliches Dasein zu geben; nicht, wenn sich die Prohibition nur auf gewisse Formen der Handlung bezog und andere Formen, um denselben Willensinhalt zu erreichen, übrig ließ;

2) muß, wie bereits bemerkt, der Wille ein fortgesetzter und bis in den neuen Zustand hineindauernder sein. Er darf also nicht in einer blos einmaligen Handlung vorübergehend zu Tage getreten sein.

Die Gründe dieser beiden Bedingungen wurzeln im Begriff der Sache selbst und stellen nur seine Entwickelung dar.

Wenn nicht der Inhalt der Handlung ein verbotener war, wenn sich die Prohibition oder zwingende gesetzliche Vorschrift nur auf die Form bezog, und es also dem Individuum schon zur Zeit des prohibitiven Gesetzes freigestanden hätte, durch eine andere Form dem Inhalt der Handlung rechtliche Wirklichkeit zu geben, so kann, da das Individuum dies freiwillig unterließ, gar nicht ein echter bindender Wille bei ihm präsumirt werden. Es muß vielmehr angenommen werden, das Individuum habe nur seinen naturalen, nicht seinen civilen Willen engagiren wollen. Da es eine vollständige Rückwirkung darstellen würde, wenn dem Individuum nachträglich eine Verpflichtung des blos natürlichen Willens in eine solche des civilen, zwingenden Willens umgewandelt wird (s. S. 138 fg.), so bleibt das Individuum, welches auch unter der Herrschaft des prohibitiven Formgesetzes seinen Willen civiliter hätte binden können

und dies nicht gewollt hat, ebendeshalb auch nach Fortfall desselben civiliter ungebunden. Und man sieht, wie in streng geschlossener systematischer Bestätigung unserer Theorie dieselben formellen Prohibitivgesetze durch ihre Aufhebung keine Convalescenz hervorbringen können, die wir auch in §. 7 als jene zweite Klasse von Prohibitivgesetzen kennen gelernt haben (S. 253 fg.), die durch ihr Eintreten keine abrogirende Einwirkung hervorbringen können.

Einige Beispiele mögen zuvörderst das bisher Gesagte theils klarer machen, theils seine empirische Anerkennung nachweisen. Und zwar wollen wir hierbei zunächst von den jedenfalls — wir werden bald sehen, warum — weit schwächern convalescirenden Wirkungen ausgehen, welche der factische Fortfall von prohibitiven Umständen auf frühere Handlungen nach Römischem Rechte nach sich zog.

Wenn der eine Ehegatte noch unmündig war, oder wenn ein Senator eine Freigelassene, oder ein Provinzialbeamter eine Provinzialin zur Frau nahm, so war eine solche Ehe nichtig. Aber wenn der Ehegatte die Pubertät erreichte, der Senator seine Würde verlor, der Provinzialbeamte sein Amt niederlegte, so convalescirte [1]) in allen diesen Fällen von jetzt ab die nichtige Ehe. [2]) Es muß aber ausdrücklich bemerkt werden, wie die römischen Juristen besonders hervorheben, es müsse zu diesem Zweck der Wille — im gegebenen Fall also der eheliche Zustand — bis nach dem Eintritt des neuen Ereignisses fortgedauert haben. So Pomponius in der L. 4 ausdrücklich: Minorem annis duodecim nuptam tunc legitimam uxorem fore, quum *apud virum explesset* duodecim annos. Ebenso Paulus in der L. 65: . . . . tamen post depositum officium, *si in eadem voluntate perseverat*, justas nuptas effici etc. Und ebenso ist die Bedingung des Pomponius offenbar auch der Stelle des Ulpianus (L. 27) hinzuzudenken.

Hier treffen also beide obige Bedingungen der Convalescenz zusammen: der Willen ist festgehalten worden bis in den

---

1) L. 4; L. 27; L. 65, §. 1, de ritu nupt. (23, 2).

2) Wie wiederum umgekehrt die von Haus aus gültig geschlossene Ehe bekanntlich vernichtet wurde, wenn der eine Ehegatte später Civität oder Freiheit verlor.

neuen von dem prohibitiven Hinderniß befreiten Zustand hinein, und das Prohibitivgesetz war auch kein blos formelles, nur eine bestimmte Form für die Handlung verbietendes, oder vorschreibendes, sondern ein diese selbst materiell untersagendes.[1] Ob aber das prohibitive Hinderniß dadurch fortfiel, daß der Senator aus dem Senat gestoßen wurde, oder daß ein neues Gesetz den Senatoren die Ehen mit Freigelassenen gestattet, ist offenbar zunächst gleichgültig. Die letztere Aenderung muß aber vielmehr nur noch stärkere Wirkungen haben.

Es ist vom höchsten Interesse, sich den begrifflichen Grund und den dadurch bestimmten Umfang dieser stärkern Wirkung klar zu machen. Hier werden wir denn also den schon in §. 7 versprochenen Begriffsunterschied zwischen factischer und rechtlicher Veränderung entwickeln müssen.

Wenn die Ehe dadurch gültig geworden ist, daß der Senator aus dem Senat gestoßen wurde, so hat sich in der Anschauung des bestehenden Rechtsbewußtseins nichts geändert. Die Prohibition wurde dadurch beseitigt, daß von jetzt ab ein Individuum statt in die eine bestimmte Klasse der bestehenden Ehegesetze in eine andere bestimmte Klasse der bestehenden Ehegesetze zu subsumiren ist. Während also das allgemeine Rechtsbewußtsein mit sich durchaus identisch blieb, trat nur eine factische Aenderung seitens des Individuums ein, infolge deren das Hinderniß von jetzt ab nicht mehr für es vorhanden ist. Dies hat daher zur nothwendigen Folge, daß die Handlung, wenn zu ihrer gültigen Vollbringung keine besondere Form erforderlich ist, sondern der formlose Wille genügt (wie dies bei der nach Römischen Recht sola affectione gültig geschlossenen Ehe der Fall ist), erst von jetzt ab gültig wird, convalescirt.

---

1) Auch Justinian verfuhr in dem von uns entwickelten Sinne. Als er z. B. durch Novelle 117 (Kap. 6 u. s. w.) die Verordnung Konstantin's über Eheverbote zwischen gewissen Würdenträgern und gewissen Klassen von Frauenzimmern aufhob, verordnet er im Epilog: Quae igitur praesente hac et in perpetuum valitura lege serenitas nostra definit, in omnibus praedictis casibus obtinere volumus, nisi forte aut sententia judiciali, aut amica conventione decisa sint, quae suum robur habere sancimus. Es sollten also die zur Zeit ihrer Schließung nichtigen Ehen durch den Fortfall des Konstantinischen Prohibitivgesetzes convalesciren, wenn sie nur nach der Novelle Justinian's gültig waren.

Mit andern Worten: Die vorher, in der Zeit der bestehenden Prohibition, bereits erzeugten Kinder bleiben illegitim, und dies wird in sämmtlichen oben angeführten Pandektenstellen theils vorausgesetzt, theils ausdrücklich entschieden.

Wenn aber, wie z. B. in dem bald anzuführenden preußischen Gesetze von 1816, die Aenderung nicht darin besteht, daß ein Individuum jetzt unter ein anderes der bereits bestehenden Gesetze zu subsumiren ist, sondern das prohibirende Gesetz selbst aufgehoben wurde, so ist hier eine Aenderung im allgemeinen Rechtsbewußtsein selbst eingetreten.

Jede Handlung aber, die nach der vorhandenen Rechtsidee nicht zu verbieten ist, muß vom Standpunkt dieser letztern aus als eine der Domäne der individuellen Willensfreiheit durch sich selbst zustehende betrachtet werden. Indem nun durch den Inhalt des gegenwärtigen Rechtsbewußtseins die Prohibition aufgehoben ist, erscheint dieselbe jetzt als ein Eingriff in das Gebiet der an sich seienden Berechtigung der individuellen Willensfreiheit oder als eine Verkennung derselben. Sie erscheint nothwendig so, denn sie war eine Nichtanerkennung dessen, was das jetzige Bewußtsein als schon an sich vorhanden anerkennt und dadurch jetzt zu einem an und für sich seienden macht. [1])

Das neue, gegenwärtige Rechtsbewußtsein schaut also die früher prohibirte Handlung als eine schon von Haus aus an sich gültige und berechtigte an, aber auch nur als eine an sich

---

1) Was nicht verboten ist, ist erlaubt, ist ein Satz, der naturrechtliche Gültigkeit haben soll. — Die Aufhebung einer inhaltlichen Prohibition kann niemals die Bedeutung eines rein positiven Gesetzes haben. Die Aufhebung der Prohibition durch das sie aufhebende Rechtsbewußtsein hat also die Bedeutung, nur die Verwirklichung d. h. die Anerkennung eines schon an sich Vorhandenen zu sein. In diesem Ansich liegt die Nothwendigkeit, warum das neue Rechtsbewußtsein die früher prohibirte Handlung (es ist hier überall nur von Prohibitivgesetzen die Rede, welche den Inhalt, nicht die bloße Form einer Handlung betreffen) als eine schon urspünglich an sich gültige anerkennt. Denn alles im Geiste als an sich seiend Anerkannte wird als ein der Substanz nach von Ewigkeit her so Vorhandenes aufgefaßt. Die Geschichte, und auch das geschichtliche Recht, ist nur Verwirklichung des in der menschlichen Natur an sich oder der Anlage nach von jeher Vorhandenen.

berechtigte. Hierin liegt ein Gedoppeltes. Das Recht ist nicht ein Reich des Ansichseins, sondern des Fürsichseins oder der Wirklichkeit. In ihm kann also nur gelten, was bereits durch das allgemeine Bewußtsein als geltend anerkannt worden ist. Wirklich geworden ist aber jene schon ab initio an sich vorhandene Berechtigung der Handlung erst durch das dieselbe anerkennende neue Gesetz, welches die frühere Prohibition aufhob. [1]) Die Sache steht jetzt, in ihrer vollständigen Bestimmtheit genommen, also: Diese Ehe ist eine von Anfang an an sich gültige, deren ursprünglich nur an sich seiende und darum nicht rechtlich-wirkliche Gültigkeit jetzt auch anerkannt und wirklich geworden ist. Von dieser Wirklichwerdung ab müssen somit nun alle Folgen einer von Anfang an an sich gültigen Ehe **an ihr hervortreten.** Alle Wirkungen einer schon ursprünglich gültigen Ehe müssen von jetzt ab, wo die Anerkennung der Gültigkeit dieser Ehe durch das allgemeine Rechtsbewußtsein eingetreten ist und ihr hierdurch auch rechtliche Wirklichkeit gegeben hat, an ihr wirklich sein und anerkannt werden. D. h. also: von jetzt ab müssen die während der Prohibition erzeugten Kinder als legitime angesehen werden und in Bezug auf alle von jetzt ab noch eintretenden rechtlichen Wirkungen dieses Verhältnisses mit dieser Qualität bekleidet sein. — Und in der That wurde durch das bald anzuführende preußische Gesetz vom 27. Febr. 1816 verordnet, daß alle die während der Prohibition in den betreffenden Ehen erzielten Kinder „als rechtmäßig eheliche Kinder angesehen werden" sollen.

Aber wir sagten bereits, daß durch diese Auffassung der betreffenden Ehen in ihrer Bestimmtheit, als schon ursprünglich an sich gültige, aber auch nur an sich gültige Ehen, ein Gedoppeltes gegeben sei.

---

1) Die obige Erörterung (vgl. die vorige Note) stellt den wahrhaften Punkt dar, von welchem aus allein das Verhältniß des Naturrechts zum historischen oder wirklichen Rechte zu begreifen ist. Letzteres bildet nur die processirende Verwirklichung des erstern als seines Ansich, ein Ansich des logischen Begriffs, das aber erst durch das Sicherfassen des historischen Geistes als Recht wirklich wird.

Das neue Rechtsbewußtsein kann nicht verkennen, daß, wenn es auch diese Ehe als ab initio an sich gültig anerkennt, diese Gültigkeit doch damals, während des ihr entgegenstehenden prohibitiven allgemeinen Rechtsbewußtseins eben nur an sich vorhanden war, aber keine rechtliche Wirklichkeit hatte. Vielmehr kann die Ehe infolge der rechtlichen Natur des Prohibitivgesetzes (s. S. 299, Note 1) während der Dauer desselben keinerlei (auch nicht einmal ein bedingtes) rechtliches Dasein gehabt haben, ein Boden, von welchem sie vielmehr, wie in der angeführten Note gezeigt ist, schlechthin durch die Natur der Rechtssubstanz ausgeschlossen war. Für jene Zeit der Prohibition kann sie daher auch durch das neue Rechtsbewußtsein keine rechtliche Wirklichkeit bekommen. Dies wäre eine begrifflich unmögliche widerrechtliche Rückwirkung. In Bezug auf die Zeit der Prohibition ist auch für diese Ehe nichts dadurch gewonnen, daß sie jetzt durch das gegenwärtige Rechtsbewußtsein als schon damals an sich gültig angeschaut wird. Denn indem diesem Ansich damals das allgemeine Bewußtsein entgegenstand, das Recht aber nur als das Reich des Wirklichen, vom allgemeinen Bewußtsein Anerkannten, festgehalten werden muß, so gelangt man immer nur zu dem Resultat, daß auch vom Standpunkt des gegenwärtigen Rechtsbewußtseins aus die Ehe während der frühern Zeit um der ausschließenden Natur des damaligen prohibitiven Bewußtseins willen kein rechtliches Dasein gehabt hat. Die erzeugten Kinder sind und bleiben also, in Bezug auf die Zeit der Dauer des Prohibitivgesetzes und die innerhalb dieser Zeit eingetretenen rechtlichen Folgen und Wirkungen, schlechterdings illegitim. Das neue Rechtsbewußtsein kann sie auch gar nicht mit Beziehung auf jenen Zeitraum anerkennen (etwa durch gesetzgeberischen Act), denn es ist eine logische Unmöglichkeit, nachträglich zu bewirken, daß etwas, trotz aller jetzigen Anerkennung seiner frühern an sich seienden Gültigkeit, in einer Zeit schon rechtliche Wirklichkeit gehabt habe, in welcher es von dieser vielmehr durch die Natur der Rechtssubstanz, den Inhalt des allgemeinen Bewußtseins, direct ausgeschlossen war. — Es wird also z. B. in Bezug auf die während der Herrschaft des aufgehobenen Prohibitivgesetzes bereits eingetretenen großälterlichen oder andern Erbschaften, insofern

seitens der betreffenden Kinder eheliche Geburt zur Erwerbung der Erbschaft erforderlich war, nichts an der Erbunfähigkeit derselben geändert, auch nicht, wenn der Fortfall des Prohibitivgesetzes und somit der Charakter der Legitimität ab nunc noch während Processe über jene Erbschaften schweben eintritt, oder wenn er sogar vor jeder Antretung der Erbschaften eintritt, da, wo diese ipso jure durch die Delation erworben werden. Dieselben können vielmehr nur den zur Zeit des Erbschaftsanfalls Erbberechtigten anerfallen bleiben.

In der vorstehenden Erörterung erst sind wir dazu gelangt, allmählich nun auch den wahrhaft speculativen Begriff in seiner innersten Tiefe entwickelt zu haben, auf welchem sowol die im §. 7 nachgewiesene abrogirende Wirkung des Eintretens von Prohibitivgesetzen auf frühere Verträge, als die im gegenwärtigen Paragraph entwickelte Convalescenz bei dem Fortfall von Prohibitivgesetzen beruhen. Beide Wirkungen sind zunächst rein entgegengesetzte, und beide beruhen gleichwol auf dem gemeinschaftlichen und echt speculativen Begriff des Geistes, daß ein an sich Vorhandenes jetzt auch in die Wirklichkeit tritt.

Dort, bei dem Eintreten neuer Prohibitivgesetze, tritt eine an sich seiende Grenze, hier, bei dem Fortfall derselben, eine an sich seiende Berechtigung in die Wirklichkeit über. Weil der Geist dies sein Setzen nicht als willkürliches oder zufälliges, sondern nur als Heraussetzen eines schon an sich in ihm vorhandenen substantiellen Wesens auffaßt, dies Wesen somit als sein eigenes Ansich auch in alle seine geistigen Handlungen an sich schon übergegangen war und in ihnen enthalten ist, tritt, bei der Wirklichwerdung dieses Ansich, auch in seinen frühern Handlungen diese Wirklichwerdung von jetzt ab ein, d. h. die Wirkung des neuen Gesetzes *ab nunc* tritt an ihnen hervor.[1]) — Weil sie aber erst von jetzt

---

1) Hier zeigt sich also der wahre Gedanke der subtilis divisio (der Veränderung) juris et facti, wie sich Justinian (L. 25 C. de donationibus inter etc. 5, 16) einmal ausdrückt. Bei der factischen Veränderung tritt eine Geltung ein, die früher nicht schon an sich vorhanden war, vielmehr nur durch zufälligen Wechsel in den Verhältnissen eines Individuums hervorgebracht wird, eine blos gesetzte, nicht (aus dem Wesen des Geistes) herausgesetzte Veränderung. Einerseits hat dies, da jetzt immerhin das

ab hervortritt und das Recht als solches nicht das Reich des Ansich, sondern des im allgemeinen Bewußtsein Wirklichen, Geltenden ist, so müssen die während des bloßen Ansichseins der neuen Bestimmungen bereits vollendeten Wirkungen dieser Handlungen auch durch das damals Wirkliche, also das frühere Recht, bestimmt bleiben.

Von hier aus ist erst in ihrem letzten Grunde die ganze Nothwendigkeit ersichtlich, vermöge welcher die vor dem Zinsmaximumgesetz erfallenen Zinsen noch weiter einklagbar[1]), das von dem Sklaven vor Aufhebung der Sklaverei Erworbene Eigenthum des Herrn, wie andererseits die vor der Aufhebung des prohibitiven Ehegesetzes erzeugten Kinder in Bezug auf die bis dahin anerfallenen Erbschaften illegitim bleiben.

Um nun ferner zuvörderst noch einige Beispiele von Convalescenz durch factische Aenderung im Römischen Recht zu bringen, so ist daran zu erinnern, daß, wenn ein in väterlicher Gewalt befindlicher Sohn, ein Deportirter oder ein Sklave, welche alle drei zu jeder letztwilligen Verfügung unfähig, ein Fideicommiß (im römischen Sinne) bestellt, dann aber emancipirt, in die Civität restituirt oder freigelassen wird, das Fideicommiß conva-

---

Individuum unter die Herrschaft eines andern Gesetzes tritt, mit der Rechtsveränderung das Gemeinsame, daß auch die frühere Handlung, aber nur dann von jetzt ab convalescirt, wenn für das gültige Dasein derselben vom Gesetze nichts anderes als ein bloß formloser Wille gefordert wird (wie also bei der römischen Ehe, oder, wie wir bald an einem andern Beispiel zeigen werden, bei dem römischen Fideicommiß, wenn der Wille zu diesen Handlungen noch jetzt vorhanden ist, sodaß man also hier dies so darstellen kann, als entstünde jetzt erst eine neue Ehe, ein neues Fideicommiß); andererseits hat diese factische Veränderung von der Rechtsveränderung das Unterscheidende, daß bei ihr die Wirkungen der früher bereits entstandenen Thatsachen nicht nur für die Vergangenheit bestehen bleiben, sondern auch von jetzt ab weiter fortdauern, also z. B. die bis jetzt erzeugten Kinder illegitim bleiben, oder ein Testament, das während einer factisch (durch wiedererlangte Vernunft, Aufhebung der Deportation, Freilassung) beseitigten Unfähigkeit errichtet wurde, auch nach der erlangten Fähigkeit ungültig bleibt (vgl. Anwendungen, wo der Unterschied zwischen der rechtlichen und factischen Veränderung weiter untersucht werden wird).

1) Vgl. oben S. 274 fg.

lescirt [1]; und natürlich würde ein die Unfähigkeit aufhebendes Gesetz mindestens ebenso große Wirkung haben, wie die Beseitigung derselben durch Herstellung der Civität oder Freilassung. Selbstredend wird hier von Ulpian die Bedingung wiederholt, der auf das Fideicommiß gerichtete Wille müsse bis in den neuen von der Prohibition freien Zustand fortgedauert haben: videlicet si *duraverit* voluntas post manumissionem . . . si modo in eadem voluntate *duravit*.

Theilweise bestätigend, theilweise aber auch abweichend scheint sich zu dem Vorigen das preußische Gesetz vom 27. Febr. 1816 zu verhalten. Durch dasselbe wurde verordnet, daß die in Rheinland wie in Westfalen während der Fremdherrschaft durch priesterliche Trauung vollzogenen Ehen gültig sein und die daraus erzeugten Kinder als eheliche angesehen werden sollen, wenn auch die von dem französischen Gesetzbuch unter Strafe der Nichtigkeit für Eheschließung vorgeschriebenen civilrechtlichen Formen nicht beobachtet worden seien.

Wenn also hier, zumal in Bezug auf Westfalen, wo bekanntlich das preußische Landrecht wiedereingeführt worden war, eine Convalescenz im obigen Sinne vorliegt, so scheint insoweit eine Abweichung von dem von uns Gesagten stattzufinden, als es den betreffenden Parteien doch auch unter der Herrschaft des Code civil freigestanden hatte, mit Beobachtung der daselbst vorgeschriebenen Formen eine gültige Ehe zu schließen, also diese zwingenden und resp. prohibitiven Bestimmungen nur das Formelle von Handlungen betrafen. Allein die Auffassung des preußischen Gesetzgebers, die ihn zu dem in Rede stehenden Gesetz veranlaßte, war offenbar die, daß religiöse Gewissensskrupel die Parteien an einer Eheschließung vor dem Civilstandsbeamten hätten verhindern und ihnen so die gesetzliche Eheschließung überhaupt, wenn auch aus Gewissensgründen, unmöglich machen können.

War dies die dem Gesetze zu Grunde liegende Auffassung, so gehört, gleichviel ob man diese Auffassung in sich selbst billigt oder verwerflich findet, das Gesetz zur Klasse derer, welche eine materielle, den Individuen nicht vermeidliche Prohibition aufzuheben beabsichtigten.

---

1) L. 1, §. 1 und 5, de legat. et fideicomm. (32).

Leuchtet dies ein, so wird jetzt klar sein, wie dies Gesetz unserer vorhergehenden Erörterung entspricht und die über die Convalescenz aus factischer Veränderung in den obigen Fällen des Römischen Rechts hinausgehende stärkere Wirkung der Rechtsveränderung aufzeigt, welche wir als dieser begrifflich zukommend nachgewiesen haben. Denn während nach Römischem Recht die Ehe durch die bloße auf wahre Ehe gerichtete Absicht geschlossen wurde, und man daher die factische Convalescenz so darzustellen suchen kann, daß erst jetzt durch Festhaltung des formlosen Willens die Ehe geschlossen wird, verhält sich die Sache jedenfalls anders in dem betrachteten Falle des preußischen Rechts. Da nach diesem Ehe nur unter bestimmten Formen geschlossen werden kann, die geschlossenen Ehen aber ohne weiteres für gültig erklärt wurden, so ist hier nicht jetzt eine neue Ehe entstanden, was in formloser Weise nicht geschehen konnte, sondern es convalescirte jetzt die frühere und zwar ihrer Zeit ungültige Eheschließung. Da dieselbe jetzt durch den Rechtswechsel als schon zur Zeit ihrer Schließung an sich gültig angeschaut wurde, so sollte diese an sich vorhandene Gültigkeit jetzt auch an ihr als wirklich hervortreten. In dem preußischen Gesetz tritt also bei genauer Betrachtung auch schon in Bezug auf die Gültigkeit jener Ehen dieselbe stärkere, dem Rechtswechsel entsprechende Wirkung ein, die wir in ihm in Bezug auf die Legitimität der Kinder nachgewiesen haben. [1])

Endlich ist noch ein letzter Unterschied zwischen der durch factische und durch Rechtsveränderung herbeigeführten Convalescenz hervorzuheben, der ebenso theoretisch wie praktisch von nicht geringer Wichtigkeit ist.

Wir sagten oben, daß zur Convalescenz der individuelle Wille ein fortgesetzter bis in den neuen Zustand hineindauernder gewesen sein müsse, nicht also blos in einer einmaligen Handlung vorübergehend zu Tage getreten sein dürfe. Dies gilt jedoch in

1) Der §. 1 dieses Gesetzes lautet: „Alle in den gedachten Provinzen abgeschlossene und durch priesterliche Einsegnung vollzogene Ehen sollen als gültig und die darin erzielten Kinder als rechtmäßig eheliche Kinder angesehen werden, wenngleich die in dem französischen Gesetzbuche bei Strafe der Nichtigkeit vorgeschriebenen Förmlichkeiten dabei nicht berücksichtigt sind.

diesem Umfange nur bei der durch factische Beseitigung der (materiellen) Prohibition eintretenden Convalescenz, und wir werden nunmehr sehen, welche begriffliche Modification auch dieser Punkt bei der durch Rechtsveränderung herbeigeführten empfängt.

Wir haben oben (S. 312, 319) gesehen, wie nach den römischen Juristen der auf die Ehe oder das Fideicommiß gerichtete Wille bis nach dem Eintritt des neuen die Prohibition beseitigenden Ereignisses fortgedauert haben muß. Es ist dies scharf zu verstehen, sodaß es nicht hinreicht, wenn der Wille blos bis zum Moment dieses Ereignisses gedauert hat, er muß auch noch nach demselben vorhanden gewesen sein. Schon die Worte der römischen Juristen lassen keinen Zweifel hierüber. Drückt sich Pomponius ungenauer darüber aus: quum *apud virum explesset etc.*, so spricht Paulus ganz bestimmt, die Senatorenehe sei gültig *post* depositum officium, wenn der Mann in eadem voluntate *perseverat* (also von jetzt ab), und ebenso ausdrücklich sagt Ulpian, das Fideicommiß sei gültig, si duraverit voluntas *post* manumissionem.

Auch ist der Grund hiervon sehr einleuchtend. Da bei der durch nur factische Veränderung beseitigten Prohibition die während der Dauer derselben vollbrachte Handlung auch nicht als an sich gültig von dem Rechtsbewußtsein angeschaut wird, so ist im Augenblick der Prohibitionsbeseitigung noch nichts an sich Seiendes vorhanden, was in diesem ideellen Zeitmoment in Wirklichkeit übergehen könnte. Die Gültigkeit der Handlung kann somit überhaupt erst dadurch entstehen, daß auch noch jetzt nach der Beseitigung der Prohibition der auf die Ehe u. s. w. gerichtete Wille da ist.

Infolge dessen haben andere Gesetze nach dem factischen Fortfall der Prohibition noch eine gewisse quantitative Ausdehnung des Willens vorgeschrieben, um das wahrhafte Dasein desselben zu constatiren, und so die Convalescenz hervorzubringen. So ist nach dem Art. 185 Code civil von Gatten, die vor dem erforderlichen Alter in Ehe traten, die Ehe erst dann nicht mehr anzugreifen, wenn sie nicht nur das competente Alter erreicht haben, sondern auch bereits sechs Monate

nach Erreichung desselben verflossen sind.[1]) Und es ist dies um so unangreiflicher, als nach französischem Recht die Ehe nur durch bestimmte civile Formen, nicht sola affectione geschlossen wird.

Aber man fühlt sofort, daß dies bei einem Gesetze wie dem vorbesprochenen preußischen von 1816 nicht also sein konnte und, wie der Text desselben zeigt, auch nicht sein sollte. Hier sollten die Ehen gültig sein, wenn auch bei dem Erscheinen des neuen Gesetzes seitens des einen oder andern Ehegatten ein Wille hierzu nicht mehr vorhanden gewesen wäre. Um die grundsätzliche Richtigkeit hiervon zu prüfen, ist es inzwischen besser, statt jenes Gesetzes von 1816, welches in unmittelbarer Gestalt nur das Formelle der Eheschließung betrifft und erst auf einem Umwege zu einem solchen wird, welches seiner innern Auffassung nach eine inhaltliche Prohibition beseitigen wollte, ein Gesetz zu unterstellen, welches ein rein materielles Eheverbot aufhebt.

Setzen wir also den Fall, daß unter vollkommen gesetzlich gültigen Formen eine wegen Verwandtschaft in unerlaubtem Grade, oder wegen Religionsverschiedenheit oder Standesungleichheit (Allg. Landrecht, Thl. 2, Tit. 1, §. 933—940) verbotene Ehe geschlossen worden ist und nun die betreffende Eheprohibition durch ein neues Gesetz aufgehoben wird. Offenbar müssen dadurch alle noch nicht für nichtig erklärten Ehen dieser Art convalesciren, wenn auch schon bei oder vor Erlaß des neuen Gesetzes der factische Wille der Gatten hierzu nicht mehr fortdauerte, vielmehr selbst ein entgegengesetzter Wille des einen oder andern der beiden Ehegatten, ja selbst beider vorhanden wäre, z. B. freiwillige factische Trennung eingetreten wäre.

Der speculative Grund hiervon liegt in dem Vorigen. Es ist eine Ehe freiwillig in gültigen Formen geschlossen worden. Diese Ehe war nach dem neuen Rechtsbewußtsein, welches dieselbe als erlaubt und innerhalb der individuellen Willensfreiheit liegend anschaut, von vornherein an sich gültig. Dieses Ansich, welches während der Zeit des entgegenstehenden Rechts unwirklich

---

1) Art. 185 C. c.: „Néanmoins le mariage contracté par des époux qui n'avaient point encore l'âge requis ou dont l'un des deux n'avait point atteint cet âge, ne peut plus être attaqué, 1° lorsqu'il s'est écoulé six mois depuis que cet époux ou les époux ont atteint l'âge compétent . . .“

und wirkungslos war, ist mit dem Moment des neuen Gesetzes zur Anerkennung und Wirklichkeit gekommen, und die noch vorhandene Ehe dadurch in dem Augenblicke des Eintretens desselben zur *an und für sich seienden* Gültigkeit gelangt.

Dasselbe Resultat beweist sich aber auch in folgender, mehr juristischer Form. Welchen Grund will das Individuum für die Nichtigkeit seiner Ehe anrufen? Seinen individuellen Willen? Sein Wille ist vielmehr der gewesen, die Ehe zu schließen, und es hat dies unter allen für einen echten Willen hierzu erforderlichen Formen gethan. Das hindernde Gesetz? Aber dieses ist nicht mehr vorhanden und hat einem entgegengesetzten Rechtsbewußtsein Platz gemacht. Oder soll das frühere Verbotsgesetz wegen seiner Gleichzeitigkeit mit der Eheschließung jetzt als erworbenes individuelles Recht gelten? Aber dadurch, daß *gegen* das Verbot eines Gesetzes gehandelt wird, wird dies Gesetz doch gewiß nicht von dem ihm entgegenhandelnden Individuum sich angeeignet und zu seinem erworbenen Titel gemacht!

Vollkommen congruent mit den früher entwickelten Unterschieden ist es also hier bei der durch Gesetzesänderung aufgehobenen Prohibition, im Gegensatz zu der durch factische Veränderung beseitigten, nicht erst der *nach* der Beseitigung des Hindernisses noch fortdauernde Wille, welcher von jetzt ab Wirkungen hervorbringt, sondern die *frühere Handlung* als solche convalescirt jetzt dadurch, daß sie seitens des Individuums eine von ihm hervorgebrachte und *von ihm noch nicht aufgehobene* äußere Wirklichkeit ist, die jetzt durch die Umwandelung des allgemeinen Bewußtseins — welches allein sie bisher von der rechtlichen Existenz ausschloß — *in ein mit ihr identisches*, die rechtliche Sanction erlangt.[1]) Folglich erlangt sie dieselbe *in dem ideel-*

---

1) Dies kann zunächst dem S. 299, Note 1, von der Ungültigkeit der gegen die Prohibition laufenden conditionellen Verpflichtung (s. Paulus daselbst) Gesagten zu widersprechen scheinen. Aber der Widerspruch wird zunächst schon dadurch ausgeschlossen, daß ja an dem, was dort über die blos factische, nicht rechtliche Existenz der conditionellen Verpflichtung *während* der Fortdauer der Prohibition entwickelt wurde, durch das Obige nichts geändert wird. Wäre jene conditionelle Stipulation, was Paulus mit Recht verneint, *gültig*, so würde sie, einmal getroffen, nicht einmal *während* der Zeit der Prohibition vom Individuum einseitig wieder aufgehoben wer-

len Zeitmomente selbst, in welchem diese Entwickelung der Rechtssubstanz in dem Gesetzwechsel wirklich geworden, und es ist

---

den können, was sie nach dem Obigen kann. Und nur auf die Verneinung dieser conditionellen Gültigkeit während der Existenz der Prohibitivbestimmung bezieht sich die Argumentation jener Note.

Uebrigens waltet noch ein weiterer, den Widerspruch ausschließender Unterschied ob. Jene conditionelle Verpflichtung, die Paulus erwähnt, geht dahin, einen Menschen zu liefern, wenn er Sklave, oder einen Ort, wenn er ex sacro religiosove zu einem profanen geworden sein wird. Diese Verpflichtung würde nun aber nicht nur während der Prohibition, also während der Freiheit des Menschen, der Heiligkeit des Ortes, ungültig sein, sondern sie würde auch durch das Eintreffen der Bedingung nicht convalesciren. Der sich aus unserer ganzen Entwickelung ergebende und sie von neuem bestätigende Grund hierfür ist folgender: Ist ein Freier zum Sklaven oder ein bestimmter locus sacer zum profanen geworden, so ist das eine durch factische Ereignisse vermittelte Veränderung des Rechts dieses bestimmten Menschen und dieses bestimmten Ortes; aber es ist keine Veränderung in dem allgemeinen Rechtsbewußtsein selbst vorgegangen. Dieses ist vielmehr schlechthin mit sich identisch geblieben. Es wird von demselben nach wie vor als ungültig angeschaut, über einen Ort dieser bestimmten Art, einen locus sacer, zu stipuliren (während es in dem im Text in Rede stehenden Fall jetzt nicht mehr als ungültig angeschaut wird, eine Ehe dieser bestimmten Art — dieses Verwandtschaftsgrades — zu schließen), und es wird ebenso noch als zulässig angeschaut, daß ein fundus von der Gattung des stipulirten ein locus sacer sein könne. Daß er es nicht mehr ist, ist eine in Factischem wurzelnde zufällige Veränderung. Man sieht, daß der Unterschied wieder aus dem Punkte entspringt, daß (s. oben S. 313 fg., 317, Note 1) die durch Factisches herbeigeführte Veränderung sich dem Geiste als eine zufällig eintretende, nicht als eine Entwickelung darstellt, also nicht auf ein ihr vorausgehendes Ansich des Geistes zurückweist, während die geistige Veränderung der allgemeinen Anschauung als eine im Geiste vorgehende, nothwendig für den Geist auch die Bedeutung einer nothwendigen, statt zufälligen, die Bedeutung der Herausstellung eines schon vorher an sich in ihm Vorhandenen hat.

Um den Unterschied ganz deutlich zu zeigen, mag also noch hinzugefügt werden, daß die von Paulus unterstellte ungültige Stipulation — ob mit, ob ohne Condition — in zwei Fällen allerdings nachträglich convalesciren würde; nämlich a) wenn die Rechtsregel, daß die res sacrae zu den res extra commercium gehören, aufgehoben würde, oder wenn b) die Sache dadurch profan würde, daß etwa durch eine Aenderung in der religiösen Anschauung die ganze Art, der sie angehört (z. B. ein Sumpf, eine bestimmte Thierart u. s. w.), zu einer solchen wird, die schlechterdings nicht sacra oder sancta sein kann. — Hier zeigt sich also jetzt auch der tiefere Grund, warum die in §. 7, S. 293 fg., betrachtete Veränderung, daß eine Sache oder

von nun ab der Wille zur Aufrechterhaltung der Handlung gar nicht in mehrerem Grade erforderlich, als wenn dieselbe von Anfang an unter einem sie erlaubenden Gesetz geschehen wäre.

Von selbst dagegen ist evident, daß, wenn bereits während der Zeit des Prohibitivgesetzes der individuelle Wille die Handlung in der je nach der Natur derselben hinreichenden Weise wieder aufgehoben hatte, wenn also die Ehe für nichtig erklärt worden war, oder der Schenkende die materiell verbotene Schenkung widerrufen hatte, der Fortfall des Prohibitivgesetzes keine convalescirende Wirkung mehr hervorzubringen vermag. Denn das neue Rechtsbewußtsein findet jetzt auch in dem ideellen Zeitmomente seines Eintretens gar keine Handlung und keinen in ihr vorhandenen Willen mehr vor, der zu convalesciren vermöchte. Und trotz seiner gegenwärtigen Auffassung der frühern Handlung als einer an sich gültigen, kann es dem Individuum das Recht nicht bestreiten, sie während des entgegenstehenden Gesetzes durch eine zweite Handlung oder resp. Willenserklärung in rechtmäßiger — weil der damaliger Wirklichkeit des Rechts gemäßer — Weise auch seinerseits als das gesetzt zu haben, was sie damals der Wirklichkeit nach war, als eine ungültige und von Anfang an nichtige. Diese zweite in Uebereinstimmung mit dem damaligen allgemeinen Bewußtsein vorgenommene Handlung oder Willenserklärung bleibt daher dem Individuum ein erworbenes Recht.

Es können daher die wegen unerlaubten Verwandtschaftsgrades oder Religionsverschiedenheit bereits für nichtig erklärten Ehen durch die Aufhebung dieser Gesetze nicht mehr berührt werden (ebenso wenig wie das preußische Gesetz von 1816 auf solche Fälle mehr einwirken konnte), und auch nicht einmal die zwischen der Schließung der Ehe und ihrer Nichtigkeitserklärung

---

ein Ort zur res sacra etc. gemacht und also extra commercium erklärt wird, dennoch eine durch factische Umstände eingetretene Rechtsveränderung, keine reine Rechtsveränderung ist. Allein dies war dort noch gleichgültig und konnte daher dort vernachlässigt werden. Denn der reinen Rechtsveränderung kommen, wie jetzt aus dem Obigen klar ist, nur noch andere und stärkere, immer aber mindestens dieselbe Einwirkung zu, wie dem durch factische Umstände vermittelten Eintreten von Prohibitivgesetzen.

erzeugten Kinder können durch ein späteres Gesetz legitimirt werden, da die Richtigkeit der Ehe nicht erst von der Richtigkeitserklärung datirt, sondern durch diese als eine ab initio vorhandene erworben ist.

Es ist soeben der Schenkungen Erwähnung gethan worden. Aus den entwickelten Principien folgt, daß eine die materielle Dispositionsbefugniß überschreitende und darum insoweit nichtige Schenkung convalescirt, wenn noch während Lebzeiten des Schenkenden und ehe er die Schenkung widerrufen, das seine Dispositionsbefugniß beschränkende Prohibitivgesetz aufgehoben wird.

Eine ähnliche Entscheidung ist vom Tribunal zu Loudun durch Urtheil vom 10. April 1822 erlassen worden. Der einzige Sohn eines unter dem Code civil, und wie es scheint, ab intestato gestorbenen Vaters, welcher unter dem die Dispositionsbefugniß zu Gunsten der Descendenten auf ein Zehntheil beschränkenden Gesetz vom 17. Nivôse II eine diese Grenze überschreitende Schenkung gemacht hatte, focht dieselbe an, während der Beklagte behauptete, daß dieselbe bestehen bleiben müsse, soweit sie nicht gegen die vom Code civil eingeräumte Dispositionsbefugniß verstoße.

Das Tribunal entschied gegen den Kläger mit folgenden Gründen:

„Attendu que les donations entre-vifs étant irrévocables ne peuvent être régies que par les lois sous l'empire des quelles elles sont faites;

„Qu'il en résulte qu'elles ne peuvent jamais être réduites pour une légitime plus forte que celle fixée par la loi de la donation;

„Mais que la légitime ne peut être demandée qu'après l'ouverture de la succession; que le légitimaire n'en peut être saisi que par la mort, d'après ce principe, que le mort saisit le vif, et qu'il ne peut avant former aucune espèce d'action à cet égard;

„Que les successions ne sont régies que par les lois qui existent à leur ouverture; que c'est alors seulement que l'on peut examiner s'il y a lieu ou s'il n'y a pas lieu à la légitime:

„Que le légitimaire ne peut agir pour faire ré-

duire les donations, qu'en vertu de la loi qui régit la succession, puisque c'est cette loi qui établit son droit et qu'ainsi il ne peut demander plus que cette loi ne lui accorde."

Merlin, welcher dies Urtheil mittheilt [1]), tritt demselben aus den in demselben angegebenen Gründen gleichfalls bei. Aber es wird sich nicht verkennen lassen, daß diese Gründe durchaus unzureichender Natur sind. Die Schenkung war eine ungültige gewesen. Der Vater hatte sie auch seit dem Eintreten des Code civil nicht bestätigt. Auch versucht das Urtheil selbst nicht einmal aus seinem Stillschweigen beim Tode eine letztwillige Bestätigung derselben herzuleiten, was auch bei dem System des französischen Gesetzes über Schenkungen und Testamente unthunlich wäre. War somit die Schenkung niemals gültig geworden, lag der Anspruch auf die ungültig verschenkten Objecte bis zum Tode in dem Vermögen des Verstorbenen [2]), so erfordert das Princip: le mort saisit le vif vielmehr, daß auch dieser Anspruch nun auf den gesetzlichen Erben übergeht. [3])

---

1) Rép. de Jurispr. v° Effet rétr., Sect. III, §. 3, Art. 5, V, 585.

2) Es würde ganz irrig sein, diese Schenkung nicht als ein nichtiges, sondern nur als anfechtbares Rechtsgeschäft betrachten zu wollen, welches nur in dem selbständigen Rechte bestimmter Personen (in der Erbberechtigung der Descendenten) das Hinderniß seiner Gültigkeit habe, sodaß es nur wegen des Aufhörens dieses Rechts der dritten Person seine Anfechtbarkeit durch dieselbe verliert und dadurch in volle Wirksamkeit tritt, wie dies der innere Gedankengang des obigen Urtheils ist. Es wäre dies sehr irrig, sagen wir; denn wäre das in dem Rechte der dritten Person liegende Hinderniß in factischer Weise beseitigt worden, dadurch nämlich, daß statt des Eintretens des Code civil das Nivôsegesetz bestehen geblieben, der einzige Descendent des Vaters aber vor demselben gestorben wäre, so war nun zwar gleichfalls durch den Tod das in dem Rechte einer bestimmten Person liegende Hinderniß fortgefallen, und dennoch wäre, wie niemand bestreiten wird, der Vater berechtigt geblieben, die ungültige Schenkung jederzeit aufzuheben. — Die Convalescenz geht also nicht dadurch vor, daß das Einspruchsrecht des Dritten fortfällt, sondern dadurch, daß ein Gesetz eingetreten ist, welches, die materielle Prohibition beseitigend, die Willenshandlung der Schenkung als eine in der Befugniß des Individuums stehende und somit gültige anerkennt.

3) Weshalb denn auch der pariser Cassationshof durch Urth. v. 7. Ventôse XIII und vom 1. Febr. 1820 in dem dem Tribunal von Loudun entgegengesetzten Sinne entschieden hat.

Die wahre Rechtfertigung der Entscheidung ergibt sich vielmehr aus dem Obigen. Die Schenkung convalescirte durch das Eintreten des Code civil, woraus dann aber die Folgerung hervorgeht, daß sie nun auch von dem Schenkenden selbst nicht mehr revocirt werden konnte.

Zur Sicherstellung der in diesem Paragraph entwickelten Theorie gegen einige mögliche Einwürfe bedarf es noch eines Blicks auf die Ratihabition und die Vergleichung der durch sie eintretenden Wirkungen mit den oben entwickelten begrifflichen Folgen.

Die Ratihabition ist, da sie in dem Eintreten einer früher nicht vorhandenen Einwilligung eines Individuums besteht, eine factische Veränderung. Da nun aber die Ratihabition gleichwol im allgemeinen auf den Anfang der ratihabirten Handlung zurückwirkt und sie nicht vom Zeitpunkt der Ratihabition, sondern vom Zeitpunkt ihrer Vollbringung ab gültig macht, so könnte man dies als einen bestimmten Widerspruch gegen die oben abgeleiteten Gedankengesetze geltend machen, und diese dadurch der Unrichtigkeit oder der Unvollständigkeit und Unfähigkeit systematischer Durchführbarkeit überführen wollen.

Bei genauerer Betrachtung verschwindet jedoch nicht nur dieser Schein, sondern ergibt sich sogar eine erhebliche und systematische Bestätigung für das durchgreifende Walten der von uns exponirten Begriffsunterschiede auf diesem Gebiete.

Zunächst muß hervorgehoben werden, daß die Ratihabition nur dadurch die Handlung — z. B. den ohne Mandat geschlossenen Vertrag u. s. w. — von Anfang an gültig macht, weil sie eine freiwillige Acceptation der ursprünglichen Handlung und aller ihrer bisjetzt eingetretenen Wirkungen durch den Berechtigten darstellt. Zum Unterschied der als Folge einer rechtlichen oder factischen Veränderung ipso jure eintretenden eigentlichen Convalescenz, hat die Ratihabition also die Natur eines jetzigen Vertrags, vermöge deren der Privatwille ausdrücklich über vergangene Handlungen stipulirt und sie sammt ihren Wirkungen zu den seinigen macht, soweit nämlich die frühere Ungültigkeit derselben lediglich seinem Privatrechte entfloß. [1])

---

1) und soweit also, wie wir bald sehen werden, gar kein Prohibi-

Denn es muß zweitens, an diese letztere Einschränkung anknüpfend, bemerkt werden, daß die Ratihabition nicht in allen Fällen retrodatirende Wirkung hat.

Wenn eine Ehe ohne die väterliche Einwilligung geschlossen worden und letztere später ertheilt wird, so wird die Ehe gültig, aber nicht vom Tage ihrer Schließung, sondern erst vom Tage des väterlichen Consenses an, sodaß der Mann niemals die Frau wegen eines vor diesem Consense begangenen Ehebruchs verklagen kann, da das Verhältniß bis dahin als Concubinat aufgefaßt bleibt. [1])

Ebenso convalescirt durch die nachträgliche väterliche Einwilligung zur Ehe die dotis promissio, aber nur vom Tage des Consenses ab, und bei der gegen die kaiserlichen Mandate geschlossenen Ehe bleibt die dos, wenn auch später die Einwilligung ertheilt wird, dem Fiscus erworben. [2])

Und Paulus entscheidet ausdrücklich, daß die vor dem väterlichen Consens erzeugten Kinder illegitim bleiben. [3])

In anderer Hinsicht verschieden, aber in Bezug auf das bald hervorzuhebende Princip grundsätzlich auf derselben Linie steht auch folgender Fall. Schenkungen zwischen Mann und Frau während der Ehe sind nach Römischem Recht bekanntlich ungültig. Durch das auf die Rede des Antoninus erlassene Senatusconsult wurde jedoch festgestellt, daß, wenn der Donator stirbt, ohne die Schenkung widerrufen zu haben, dieselbe hierdurch als stillschweigend confirmirt und gültig geworden betrachtet werden soll.

Es wäre irrthümlich zu glauben, daß die ursprünglich wegen mangelnder Fähigkeit nichtige Schenkung jetzt qua Testament gültig wird. Schon der eine Grund würde hiergegen ausreichen, daß das aus mangelnder Fähigkeit sowol des Testirenden als auch des Honorirten ungültige Testament selbst nach römischer Lehre

---

tivgesetz entgegenstand, nämlich keine gesetzliche Bestimmung, auf welche nicht auch durch die Privatwillkür des Berechtigten im voraus hätte verzichtet werden können (vgl. oben S. 194, Note 1, und S. 281, Note 1).

1) Ulpian in L. 13, §. 6 ad legem Juliam de adult. (48, 5) und L. 13 de his qui not. infam. (3, 2).

2) L. 8 C. de nuptiis (5, 4); vgl. L. 68 de jure dot. (23, 3).

3) L. 11 de stat. hom. (1, 5).

nicht durch das Vorhandensein der Fähigkeit zur Todeszeit ohne ausdrückliche Wiederholung gültig wird. [1])

Die Schenkung convalescirt somit jetzt als solche durch die unterstellte Bestätigung. Aber gleichwol convalescirt sie nicht vom Tage der Schenkung, sondern erst von der Zeit des Todes ab; sie wird daher als eine Schenkung von Todes wegen behandelt und die Falcidische Quart von ihr abgezogen. [2])

Betrachtet man nun alle die angeführten Fälle genauer, so stellen sie sich nicht als bloße Ausnahmen von der Regel der retrodatirenden Wirkung der Ratihabition dar, sondern es tritt in diesen scheinbaren Ausnahmen und dieser scheinbaren Regel nur die Gliederung eines in sich einigen Princips zu Tage.

Ist nämlich, wie beim Mangel des väterlichen Eheconsenses, die Nichtigkeit der Handlung nicht blos Ausfluß des Privatrechts des zur Genehmigung Berechtigten, sondern durch Gründe des öffentlichen Rechts vermittelt, liegt also eine wahre Prohibition vor, d. h. ein absolutes Gesetz, über welches die Privatwillkür nicht transigiren kann, so kann die nachträgliche Ratihabition keine auf den Anfang der Handlung sich zurückerstreckende Convalescenz hervorbringen.

Das spätere Factum der väterlichen Einwilligung kann nicht bewirken, daß die beim Mangel dieser Einwilligung durch die Anschauung des öffentlichen Bewußtseins prohibirte Ehe bis zum Eintreten dieser Einwilligung nicht nichtig gewesen sei und nichtig gewesen bleibe.

Dagegen tritt bei der Ratihabition eines ohne meinen Willen geschlossenen Vertrags oder der Verpfändung einer mir gehörigen Sache u. s. w. retrodatirende Wirkung deshalb ein, weil die Ungültigkeit dieser Handlungen gar nicht auf einem absoluten

---

1) S. §. 4 Inst. de her. qual. (2, 19); L. 6, §. 2; L. 49, §. 1; L. 59, §. 4 de her. inst. (28, 5).

2) S. L. 32 de donat. inter vir. et ux. (24, 1); L. 12 C. ad leg. Falc. (6, 50) und L. 25 C. de donat. inter vir. et ux. (5, 16). — Erst Justinian bringt durch das letztbezogene Gesetz Verwirrung in diese Lehre, indem er diese stillschweigenden Bestätigungen (und auch die ausdrücklichen) „sicut et alias ratihabitiones negotiorum" theils auf den Tag der Schenkung zurückwirken, theils wieder, in besondern Fällen, nicht zurückwirken läßt.

und somit gar nicht auf einem Prohibitivgesetze beruht, sondern lediglich in der Berechtigung eines Privatwillens.[1])

---

1) Es ist hier von Interesse, einen Blick auf die Ehevorschriften des Allg. Landrechts zu werfen, welchen im allgemeinen die im bisherigen entwickelten Gedankenbestimmungen, daß einerseits bei der factischen Beseitigung von Prohibitivgesetzen die Gültigkeit erst ab nunc eintreten kann, und andererseits Hindernisse, welche lediglich in der Berechtigung eines bloßen Privatwillens liegen, nicht als Prohibitionen des öffentlichen Bewußtseins aufzufassen sind und ihre Beseitigung daher die Handlung zu einer ab initio gültigen macht, in einer, obwol nicht consequent festgehaltenen, aber doch unleugbaren Weise zu Grunde liegen. Das Allg. Landrecht unterscheidet (Thl. 2, Tit. 1, §. 933 fgg.) zwischen nichtigen und ungültigen Ehen. §. 933: „Ehen, welche wegen obwaltender Verbotsgesetze niemals bestehen können, heißen nichtig." §. 934: „Ehen, welchen zwar von Anfang an gesetzliche Hindernisse im Wege stehen, die aber doch in der Folge durch Hebung dieser Hindernisse verbindliche Kraft erlangen, werden ungültig genannt." Der erste Paragraph spricht also ausdrücklich von den Prohibitivgesetzen als solchen. Welches zum Unterschiede von diesen der Begriff der im zweiten Paragraph erwähnten „gesetzlichen Hindernisse" sein soll, sagt uns das Allg. Landrecht nicht, sondern begnügt sich damit, die hier gemeinten Ehen an den von ihm vorgeschriebenen Folgen erkennen zu lassen (statt umgekehrt die Folgen aus dem Begriff abzuleiten). Sieht man inzwischen auf die §§. 968—972, in welchen das Landrecht die ungültigen Ehen aufzählt, so findet man, daß meistens solche Hindernisse gemeint, welche, wenigstens nach der Auffassung des Allg. Landrechts, blos privatrechtlicher Natur sind (mangelnder individueller Wille u. s. w.). Der hauptsächliche Unterschied zwischen den nichtigen und den ungültigen Ehen besteht nun, unserer Entwickelung sehr entsprechend, in folgendem: Auch von den wegen wahrer Prohibition nichtigen Ehen wird zugegeben, daß sie durch factische Beseitigung des prohibirenden Umstandes zur Gültigkeit gelangen können. Aber es wird bestimmt, daß diese Gültigkeit erst von jetzt an ihren Anfang nimmt, und deswegen sogar verordnet (was dem Gesetzgeber jedenfalls zustand, s. §. 6 über das Recht desselben, dem Individuum das onus einer nochmaligen Willensbestätigung aufzulegen), daß die Ehe jetzt nochmals vollzogen werden muß. §. 946: „Soll ... die nichtige Ehe nach gehobenem Hinderniß zur Gültigkeit gelangen, so muß sie auf die in den Gesetzen vorgeschriebene Art nochmals feierlich vollzogen werden." §. 947: „Mit dem Zeitpunkt dieser nochmaligen Vollziehung nimmt die Gültigkeit einer solchen Ehe erst ihren Anfang." [Die Vorschrift der nochmaligen Vollziehung zeigt zugleich, daß das Landrecht bei der factischen Beseitigung der Prohibition, die es natürlich überall unterstellt, mit Recht der Ansicht ist, daß der auf die Gültigkeit der Handlung gerichtete Wille noch nach der Beseitigung des Prohibitivumstandes vorhanden sein muß, damit Convalescenz eintreten könne.] Von den un-

Dies zeigt sich, entsprechend dem von uns überall festgehaltenen Begriff des Prohibitivgesetzes (s. oben S. 194 und 281, Note 1), klar daran, daß der Berechtigte auf die Ungültigkeit solcher Handlungen, zu denen seine Einwilligung nicht vorliegen wird, auch im voraus wirksam verzichten kann. Denn dies geschieht in einer Generalvollmacht, durch welche ich einen procurator omnium rerum aut ad omne negotium ernenne [1]) und künftige Handlungen als für mich gültig erkläre, denen nicht einmal mein Wissen und somit auch nicht mein Wollen einwohnen wird. Darum ist auch nicht einmal das SC. Macedonianum, in Hinsicht auf den Vater, ein Prohibitivgesetz, da dieser nicht gehindert wäre, dem in seiner Gewalt befindlichen Sohne eine derartige Generalprocuration zu ertheilen, während z. B. die Unfähigkeit des filius zu testiren, eine prohibitive ist; denn hierzu kann ihn der Vater auch nicht ermächtigen. Und weil es kein Prohibitivgesetz rücksichtlich der väterlichen Verbindlichkeit ist, so wirkt mit Recht die väterliche Ratihabition eines vom Sohne gemachten Darlehens auf dasselbe ganz so convalescirend ein [2]), als wenn der Privat-

---

gültigen Ehen wird dagegen verordnet, §. 975: „Wird aber das Ehehinderniß in der Folge gehoben', so muß angenommen werden, daß die Ehe von Anfang an gültig gewesen sei." — Zwar rechnet das Allg. Landrecht die Ehen, denen der väterliche Consens mangelt, zu den blos ungültigen Ehen (§. 972), die also durch die nachträgliche Ertheilung des Consenses von Anfang an gültig werden. Allein es widerspricht deshalb durchaus nicht dem oben an der römischen Behandlung dieses Falls entwickelten Grundsatz, daß, wo der Mangel an Consens eine wahre Prohibition begründet, die nachträgliche Ratihabition der Handlung erst von jetzt ab und nicht für die Zeit, wo sie contra jus gewesen, zur rechtlichen Existenz verhelfen kann. Denn in den Fällen, wo landesherrliche Einwilligung (beim Militär) oder Dispensation (bei Standesungleichheit) erforderlich — in Fällen also, wo auch nach der Auffassung des Allg. Landrechts eine aus dem öffentlichen Interesse fließende wahrhafte Prohibition vorliegt —, ist die Ehe nichtig, und bleibt dies auch, wenn nachträglich die landesherrliche Einwilligung oder Dispensation eintritt, bis zur nochmaligen Eheschließung (§. 938. 940. 946). Das Landrecht erkennt also hierdurch unsern obigen Grundsatz an. Wird die väterliche Einwilligung abweichend behandelt, so ist dies also nur ein Beitrag mehr zu der geänderten Auffassung der patria potestas des Landrechts im Vergleich zur römischen.

1) Ulpian, L. 1, pr. 1 mandat. (3, 3); Paulus, R. S. I, 3, §. 2.

2) Ulpian, L. 7, §. 15 de SC. Maced. (14, 6); L. ult. C. ad SC. Maced. (4, 28).

wille von Anfang an (also das Mandat) dazu vorgelegen hätte. [1])

Seines Rechts aber zur Einwilligung in die bestimmte vom Sohn zu schließende Ehe kann sich der Vater nicht im voraus wirksam begeben. Er kann nicht in gültiger Weise dem Sohn die allgemeine Ermächtigung ertheilen, jede ihm beliebige Ehe zu schließen und ihn so von der Erforderlichkeit seines Specialconsenses entbinden.

Das Erforderniß dieser Genehmigung beruht also im Unterschied von den frühern Fällen auf einer absoluten, der Pri-

---

1) Der einzige scheinbare Fall, den man aus dem Römischen Recht gegen die obige Entwickelung geltend machen könnte, wäre folgender: Die Veräußerung eines Dotalgrundstücks durch den Ehemann ist eine ganz nichtige Handlung. Wenn ihm aber späterhin die ganze Dos zufällt, so convalescirt dadurch die Veräußerung von selbst. (Papinian, L. 42 de usurp., 41, 3.) Da nun aber die Unveräußerlichkeit der Dos eine wahrhafte Prohibition darstellt, an welcher der Privatwille nichts ändern kann; da ferner diese Prohibition im gedachten Falle durch factische Aenderung beseitigt ist, und dennoch, ohne neue Tradition, die Veräußerung convalescirt, so scheint diese Convalescenz auf den Anfang der Handlung zurückzulaufen, in welchem Falle sie ein Widerspruch gegen das obige Gesetz wäre. Da inzwischen begriffliche Gesetze, zum Unterschied von Regeln, keine wahrhafte Ausnahme kennen, so ist es Pflicht, diesen Schein zu beseitigen. Auch wenn ein Nichteigenthümer eine Sache verkauft und hinterher das Eigenthum erwirbt, so convalescirt dadurch die Veräußerung. Papinian sagt uns das an derselben Stelle: Idem juris est quum is qui rem furtivam vendidit, postea domino heres exstitit. Und ausführlicher verbreiten sich Ulpian und Julian darüber, L. 4, §. 32, de doli mali et met. exc. (44, 4). Wenn der zum Eigenthümer gewordene Nichteigenthümer gegen den Käufer klagt, so würde er — heißt es daselbst — mit der exceptio doli mali zurückgewiesen werden. Wenn der zum Eigenthümer gewordene Nichteigenthümer aber im Besitz ist und der Käufer klagt, so kann er die Exception des Gegners mit der doli replicatio abschlagen; „ac per hoc intelligeretur", sagen Ulpian und Julian, „eum fundum *rursus vendidisse quem in bonis non haberet*" (nämlich als er ihn zum ersten mal verkaufte). Es wird also die Sache so gedacht, als wäre im Moment der Eigenthumserwerbung seitens des Verkäufers ein zweiter ideeller Verkauf vor sich gegangen, d. h. der Verkauf convalescirt erst von diesem Augenblick an, nicht in Bezug auf die frühere Zeit (also nicht in Bezug auf die frühern Früchte u. s. w.). Und offenbar ganz dasselbe muß auch für die Veräußerung von Dotalgrundstücken gelten, wie zum Ueberfluß noch die Papinianische Behandlung beider Fälle als identischer zeigt. — Es findet also auch hier gar keine Ausnahme statt.

vatwillkür nicht anheimgestellten Vorschrift. Mit andern Worten: das Verbot, Ehe ohne väterliche Einwilligung zu schließen, ist eine durch die Anschauung des allgemeinen Bewußtseins als solchen gesetzte Prohibition, und darum kann, solange dies allgemeine Bewußtsein in seiner Rechtsanschauung mit sich identisch bleibt, das Factum der nachträglichen väterlichen Einwilligung nichts daran ändern, daß in Bezug auf die Zeit bis dahin die stattgehabte Ehe als eine durch das Volkbewußtsein ausgeschlossene nach wie vor ohne rechtliche Existenz bleibt.

Ebenso stellt die Unfähigkeit der Eheleute, sich zu beschenken, eine absolute, dem Privatwillen in keiner Weise überlassene Prohibition dar, und darum kann auch die Bestätigung derselben von Todes wegen, d. h. in dem Augenblicke, wo durch factische Veränderung der Ehegatte diese Fähigkeit erlangt hat, nicht ändern, daß die Schenkung bis dahin als eine contra jus gewesene ungültig bleibt und erst von dem Moment der Bestätigung ab Existenz gewinnt.

Dies ist auch der Grund, weshalb die Autorisation des Tutor zu einem Vertrage, welche nicht als eine privatrechtliche Befugniß, sondern als ein im öffentlichen Interesse liegender Schutz der Willensfreiheit von Unmündigen gedacht ist, statim in ipso negotio erfolgen muß und der Tutor weder den Vertrag statt dessen nachträglich genehmigen, noch im voraus dazu Autorisation ertheilen kann. [1])

Was wir durch diese Auseinandersetzung über die Ratihabition gezeigt zu haben glauben, ist, um das Resultat kurz zusammenzufassen, folgendes:

1) daß die Ratihabition, obgleich sie eine durch factische Veränderung eintretende Gültigkeit darstellt und obgleich diese Gültigkeit auf den Anfang der Handlung zurückläuft, dennoch den von uns entwickelten begrifflichen Gesetzen über die geringere und nothwendig nur ab nunc laufende Wirkung der factischen Beseitigung von Prohibitionen nicht widerspricht, da die Ratihabition

---

1) Gajus in L. 9, §. 5, de auctor. et consensu etc. (26, 8): „Tutor statim in ipso negotio praesens debet auctor fieri, post tempus vero aut per epistolam interposita ejus auctoritas nihil agit, und Inst. §. 2 de auctor. tutor.

jenen retrodatirenden Effect nur ausübt, weil und in insofern sie nicht in der Beseitigung einer durch das öffentliche Bewußtsein gesetzten Prohibition, sondern eines rein privatrechtlichen, lediglich in der Sphäre eines individuellen Willens gelegenen Hindernisses besteht, ein Privatwille, der, wo es auf sein alleiniges Schalten ankommt, auch wenn er nachträglich eintritt, natürlich als das Frühere acceptirend und zu dem seinigen machend, ganz ebenso angesehen werden muß, als wäre er ab initio vorhanden gewesen; daß also diese Ratihabition einerseits mit unserm Gegenstande — den Prohibitivgesetzen — überhaupt nichts zu thun hat, andererseits gerade durch den in sich innerlich übereinstimmenden Gegensatz, in welchem ihr Wesen und ihre Wirkung zu der Prohibition des öffentlichen Bewußtseins steht, das von uns hierüber Gesagte gerade unterstützt und vervollständigt.

2) daß, wo die Ratihabition wirklich eine factische Beseitigung von Prohibitivgesetzen darstellt, sie in der That keine auf den Anfang der Handlung zurücklaufende Wirkung ausübt, sondern die confirmirte Handlung ganz so erst von jetzt ab gültig wird, als wäre sie jetzt erst eingetreten, und alle bereits entstandenen Wirkungen derselben auch von jetzt ab ungültig bleiben (die Kinder illegitim, die Dos caduc), wie wir dies oben entwickelt haben, und dies die nothwendige Gedankenfolge davon ist, daß das bei der blos factischen Beseitigung der Prohibition in sich identisch gebliebene Rechtsbewußtsein des Volkes die Handlung bis zum Eintritt der factischen Aenderung noch nach wie vor als eine an und für sich ungültige und substantiell nichtige anschaut.

Werden dagegen materielle Prohibitivgesetze aufgehoben und somit durch eine Aenderung des allgemeinen Bewußtseins beseitigt, so ist in Bezug auf die während des Verbots in gültigen Formen vorgenommenen und noch nicht wieder aufgehobenen individuellen Willenshandlungen dieser Art etwas eingetreten, was man, wenn es auf eine Analogie ankäme, als eine Ratihabition des öffentlichen Geistes bezeichnen könnte.

Diese Ratihabition oder Confirmation erzeugt nun, wie wir dies oben ausführlich und in allen ihren Momenten zum Unterschiede von der durch factische Aenderung hervorgebrachten Convalescenz auseinander gesetzt haben, die Folge, daß von jetzt

ab die frühere Handlung als solche convalescirt, d. h. daß die Handlung nunmehr als von Anfang an ansich gültig angeschaut wird, dieses Ansich jetzt zur rechtlichen Anerkennung kommt, und daher von dieser Anerkennung ab auch die früher entstandenen Folgen und Wirkungen der Handlung zu rechtlichgültigen werden, und nur bereits erworbenen Rechten gegenüber — d. h. solchen gegenüber, welche während der Zeit der Prohibition bereits erworben worden waren, und deren Erwerb durch die damalige Ungültigkeit jener Handlungen vermittelt worden war — ungültig bleiben.[1] (Vgl. §. 9.)

Da jetzt die Handlung als solche convalescirt, so liegt hierin, wie schon oben hervorgehoben wurde[2]), der Grund, daß zum Unterschied von der Beseitigung der Prohibition durch factische Aenderung, auch einmalige Willenshandlungen, die nicht, wie die Ehe, einen dauernden Zustand begründen, durch rechtliche Aufhebung der materiellen Prohibitionsbestimmung convalesciren, wenn nur nicht bereits vor dem Rechtswechsel die Ungültigkeit der Handlung wieder ihrerseits durch Willenshandlung, Urtheil oder Vergleich u. s. w. zu einem erworbenen Rechte geworden ist. Auch fehlt es, außer dem hierüber bereits Angeführten, nicht an Beispielen hierfür im Römischen Recht. So verordnet der Kaiser Anastasius[3]), daß alle über die servilis vel adscriptitia conditio noch zu schließenden oder bereits geschlossenen[4]) Transactionen, auch in den noch hängigen Processen[5]), fürder nicht aus dem Grunde als ungültig angesehen werden sollen, weil sie über die servilis vel adscriptitia conditio errichtet sind. Ebenso verordnet Justinian[6]), daß, wenn auf die der sacerdotalen Prärogative zustehende Klagverjährung verzichtet worden ist, dieser Verzicht gültig und bindend sein, und dies auf alle solche Fälle seine Anwendung erhalten solle „qui necdum per judicialem sententiam vel amicabilem conventionem sopiti sunt".

---

1) Wie also z. B. in dem oben gesetzten Falle der während der Prohibition, und somit während der Illegitimität der Kinder, anerfallenen Erbschaft.

2) Siehe oben S. 311 fg., 321 fg.

3) L. ult. C. de transactionibus (2, 4).

4) . . . transactiones celebrandas *vel jam celebratas* etc.

5) . . . in omnis litigiis *jam motis et pendentibus.*

6) L. 51 C. de episcopis etc. (1, 3).

§. 11. Absolute Gesetze. Civiler und naturaler Wille. Convalescenz durch erleichternde Formgesetze (Fortfall formeller Prohibitivgesetze) bei willkürlich-revocabeln Acten; Testament.

Wir haben bisher gezeigt, daß durch den Fortfall eines Prohibitivgesetzes die nachträgliche Convalescenz der individuellen Willenshandlung nur dann eintreten könne, wenn die frühere Prohibition den Inhalt der Handlung absolut ausgeschlossen hatte, nicht aber, wenn sie blos das Formelle der Handlung betroffen und dem Individuum somit die Möglichkeit offen gelassen hatte, mit Beobachtung der von dem Gesetz geforderten Formen dem Inhalte seines Willens rechtliches Dasein zu geben. Der begriffliche Grund dieser Unterscheidung war der, daß, wenn das Individuum diese Möglichkeit gehabt und freiwillig nicht benutzt hatte, es überhaupt nicht so angesehen werden könne, als habe es bei der Handlung seinen Willen in bindender Weise (den civilen Willen), sondern nur seinen naturalen, stets ad nutum revocabeln Willen verpflichten wollen. Sonst würde es die vom Gesetz zur Constituirung eines civilen zwingenden Willens vorgeschriebenen Formen ergriffen haben.

Aber gerade aus diesem, aus dem Wesen der individuellen Willensfreiheit selbst herfließenden begrifflichen Grunde ergibt sich, daß dies eben nur da gilt, wo die Nichtbeobachtung der vom Gesetz vorgeschriebenen Förmlichkeit das Nichtdasein eines bindenden civilen Willens überhaupt zur Folge hat, nicht aber da, wo nach der gesetzlichen Anschauung, trotz der Nichterfüllung der vorgeschriebenen Form, dennoch ein civiler Wille vorhanden war und die vom Gesetz prohibirte oder resp. in zwingender Weise verlangte Form nur eine Beweis- oder Beglaubigungsförmlichkeit darstellt. Mit andern Worten: wir langen hier wieder bei dem schon oben S. 138 fg. geführten Nachweis an, eine Entwickelung, auf welche hier, um das soeben Gesagte und das Nachfolgende richtig zu verstehen, ausdrücklich zurückverwiesen werden muß.

Das Resultat jener Entwickelung bestand eben darin, daß nur deshalb und nur da das neue, frühere Förmlichkeiten beseitigende Gesetz nicht zur Anwendung kommen dürfe, wo durch

seine Anwendung eine vom blos naturalen Willen gesetzte Verbindlichkeit in eine Verpflichtung des civilen Willens verwandelt würde; eine Umwandelung, welche, weil sie das vom Individuum durch die Vermeidung der vorgeschriebenen positiven Form der Veränderlichkeit seines natürlichen Willens Vorbehaltene in einen Rechtszwang verkehrt, eine wahrhafte Rückwirkung in sich schließen würde.

Wo dagegen, trotz der nicht beobachteten Förmlichkeit, dennoch von Anfang an ein civiler, mit Rechtszwang bekleideter Wille in der Handlung vorliegt und die vorgeschriebene Form also nur die Natur hatte, eine Beweis- oder Beglaubigungsförmlichkeit zu bilden, da tritt, wie wir schon dort gesehen haben, durch den Fortfall der prohibitiven oder zwingenden Formvorschrift und die Anwendung des neuen erleichternden Gesetzes keine solche Umwandelung und Denaturirung des individuellen Willens ein, da dieser ja von vornherein eine Zwangsverpflichtung begründete, sondern gerade nur eine Aufrechthaltung des individuellen Willens und ein Gelten desselben innerhalb des ihm gebührenden Umfangs. Dieser ihm gebührende Umfang ist aber kein anderer, als der gesammte Umfang des Rechts, soweit nicht Prohibitivvorschriften entgegenstehen.

Fallen solche bisherige prohibitive Hindernisse fort, so dehnt sich die Wirksamkeit des in der an sich gültigen, in einer formellgültigen Handlung vorhandenen civilen Willens bis zu diesem seinen ganzen natürlichen Umfange aus.

Wir sehen also hier nun auch von dieser Seite in geschlossener Theorie bestätigt, was wir S. 138—152 von einem andern Ausgangspunkt aus entwickelt und nachgewiesen haben.

Zugleich haben wir dort gesehen, wie ein sicheres Unterscheidungszeichen, ob die Erfüllung des eine Formalität prohibirenden oder in zwingender Weise vorschreibenden Gesetzes zur Constituirung eines civilen Willens erforderlich war, oder nur zu den Beweis- oder Beglaubigungsförmlichkeiten gehört, mit Leichtigkeit darin zu finden ist, ob die ohne die Beobachtung der betreffenden Förmlichkeit vorgenommene Handlung bei gerichtlichem oder eidlichem Eingeständniß derselben Rechtsschutz genießen würde oder nicht.

Ist also z. B. die gesetzlich erforderliche Tradition bei einem Verkaufe unterlassen worden, oder sind bei Strafe der Nichtigkeit

vorgeschriebene Förmlichkeiten, z. B. bei der Eheschließung Erklärung vor dem Civilstandsbeamten, versäumt worden, so liegt überhaupt kein civiler Wille zur Entäußerung, resp. zur Eheschließung vor. Denn hier kann die Thatsache des Verkaufs sogar durch schriftlichen Vertrag nachgewiesen, die Eheschließung in jeder andern Form kann in jeder beliebigen Weise eingestanden oder bescheinigt sein — ohne die dazutretende Förmlichkeit der Tradition und resp. der Erklärung vor dem Civilstandsbeamten ist keine gültige Entäußerung, keine gültige Eheschließung eingetreten. Es ist also in diesem Falle wegen Unterlassung der zur Darlegung eines bindenden Willens für diese Handlungen vorgeschriebenen positiven Form gar kein civiler Wille zur Entäußerung oder zur Eheschließung ins Leben getreten.

Hier kann daher ein die Erforderlichkeit dieser Formen aufhebendes Gesetz auf die früher vorgenommenen Handlungen nicht zur Anwendung kommen.

Ist dagegen z. B. ein Darlehen ohne schriftliche Urkunde unter einem den Zeugenbeweis in diesem Falle ausschließenden Gesetz geschlossen worden, so muß das denselben zulassende Gesetz zur Zeit des Streites zur Anwendung kommen, da hier auch unter dem alten Gesetz das Eingeständniß des Darlehns durch den Schuldner den Zwang zur Wiederzahlung für denselben zur Folge gehabt hätte, hier also auch damals ein civiler Wille in dem mündlichen Darlehnscontract vorlag.

Soweit bildet das hier Gesagte nur eine Recapitulation des oben näher Entwickelten, wenn wir hier auch die Richtigkeit desselben noch tiefer durch das Wesen der prohibitiven und zwingenden Gesetze und ihr begriffliches Verhältniß zur individuellen Willensfreiheit bestätigt gefunden haben.

Nunmehr aber ist es am Ort, eine weitere Folgerung zu ziehen.

Wenn nämlich bei dem Fortfall eines Förmlichkeiten prohibirenden oder in zwingender Weise vorschreibenden Gesetzes die Anwendung des neuen, diese Formen beseitigenden Gesetzes auf frühere Handlungen nur deshalb und nur insoweit eine Rückwirkung darstellen würde, als dadurch ein früher blos naturaler d. h. stets ad nutum revocabler Wille in einen mit Rechtszwang bekleideten civilen verwandelt würde, so ergibt sich hieraus mit Nothwendigkeit die nachstehende Folgerung. Die

Folgerung nämlich, daß auf solche Acte, welche, wie die Testamente, wenn sie auch alle von positiven Gesetzen vorgeschriebene Formen erfüllen, dennoch durch ihre rechtliche Natur selbst stets für den Handelnden ad nutum revocabel bleiben, immer das neue, früher erforderliche Förmlichkeiten beseitigende Gesetz zur Zeit des Todes Anwendung finden muß.

Die begriffliche Nothwendigkeit dieser Folgerung ist in unserm Zusammenhange einleuchtend. Sie liegt bereits mit Evidenz in dem vorigen Satze selbst. Da nämlich Testamente auch bei Erfüllung aller Formalitäten stets widerruflich sind, und diese Acte somit niemals eine bindende Verpflichtung für den Testator darstellen, können die von einem Gesetz für Testamente verlangten positiven Formalitäten auch niemals die Bedeutung haben, zur Constituirung eines bindenden Willens vorgeschrieben zu sein, sondern immer nur die Bedeutung, als Beweis für das Dasein eines ernstlichen Willens überhaupt vom Gesetz verlangt zu werden.[1]) Als solche bloße Beweis- und Beglaubigungsförmlichkeiten findet somit nach dem Vorigen nothwendig ein erleichterndes Gesetz zur Zeit des Todes auf sie Anwendung. Bis zum Tode des Testators bleibt der Wille desselben ein stets abzuändernder blos naturaler. Erst mit dem Tode desselben wird er mit civilem Rechtszwang bekleidet. Ob nun aber ein naturaler Wille deutlich, unzweifelhaft und ernsthaft genug an den Tag gelegt sei, um mit Rechtszwang bekleidet werden zu können, ist eine Frage, die, um verneint zu werden, diese Verneinung schlechterdings aus demjenigen Gesetz empfangen muß, welches in dem Augenblicke existirt, wo der naturale Wille diese Eigenschaft des Rechtszwanges erlangen soll. Wenn der naturale Wille nur in dem Momente, wo diese Verbindung vor sich gehen soll, nach dem dermaligen Gesetz ernstlich und unzweifelhaft genug ist, um sie beanspruchen zu können, so ist natürlich nichts gleichgültiger, als was frühere Gesetzgeber und Gesetze früherer Zeiten darüber gedacht haben.

Es ergibt sich hieraus also für Testamente eine doppelte Regel. Ist das Testament in Bezug auf seine Formalitäten

---

1) Auch in Rom verhält es sich so mindestens mit dem prätorischen Testament; wie es sich daselbst mit dem alt-civilistischen verhält, wird erst im zweiten Bande klar werden.

dem Gesetze zur Zeit seiner Anfertigung entsprechend, so ist und bleibt das Testament gültig, wenn auch das Gesetz zur Zeit des Todes größere Förmlichkeiten verlangt. Es bleibt gültig, weil es eine individuelle Handlung darstellt, deren Vernichtung durch ein späteres Gesetz als das zur Zeit der Handlung geltende eine Rückwirkung desselben darstellen würde. Zwar haben wir (§. 6) gesehen, daß der Gesetzgeber in der That dem Individuum im Interesse größerer Zweckmäßigkeit die Aufrechterhaltung und Bestätigung seines Willens in der von ihm vorgeschriebenen Form, also die Wiederholung der individuellen Handlung — vorausgesetzt, daß diese Wiederholung nur vom freien Willen des Einzelnen abhängt — aufgeben kann, ohne eine Rückwirkung zu begehen. Aber wir sahen auch daselbst, daß dies Recht nur aus dem Rechte des Staats fließt, positive Lasten aufzuerlegen, und daß daher, wenn diese Verfügung nicht ausdrücklich vom Gesetzgeber getroffen worden ist, der Richter sie nicht ergänzen kann.

Wenn aber zweitens das Testament zur Zeit seiner Errichtung wegen eines Verstoßes gegen ein bestimmte Formen prohibirendes oder zwingend vorschreibendes Gesetz ungültig gewesen ist, jedoch zur Zeit des Todes infolge eines Gesetzwechsels den von dem neuen erleichternden Gesetz geforderten Formalitäten entspricht, so convalescirt vermöge der entwickelten begrifflichen Nothwendigkeit das Testament und ist gleichfalls gültig.

In dem Vorstehenden haben wir nun die innere theoretische Nothwendigkeit entdeckt, vermöge welcher so häufig die Gesetzgebungen verfügt haben, daß Testamente in formeller Hinsicht gültig sein sollten, wenn sie, obwol nach den gesetzlichen Formalitäten zur Zeit ihrer Errichtung ungültig, nur denjenigen Förmlichkeiten entsprechen, welche das spätere Gesetz zur Zeit des Todes verlangt.

So rechtfertigt sich uns hier auch in Bezug auf die Testamente der mit solchem Unrecht so vielfach angegriffene, und nur, wie oben (S. 150 fg.) gezeigt worden ist, wegen zu weiter und ungenauer Ausdrucksweise zu tadelnde §. 17 der Einleitung zum Allg. Landrecht, welcher verfügt:

„Frühere Handlungen, welche wegen eines Mangels der Förmlichkeiten nach den ältern Gesetzen ungültig sein würden, sind gültig, insofern nur die nach den neuern Gesetzen erforder-

lichen Förmlichkeiten zur Zeit des darüber entstandenen Streits [1]) dabei angetroffen werden."

In der That hatte Suarez hierbei besonders gerade die Testamente vor Augen. Denn bei der revisio monitorum bemerkte er gegen den allgemeinen Grundsatz von der Nichtrückwirkung der Gesetze [2]): zwei Fälle gebe es aber doch, wo ein neues Gesetz ad casus praeteritos gezogen werden könne, nämlich:

a) wenn es die vorhin auf eine Handlung gesetzte Strafe mildert oder aufhebt, z. B. das Deserteuredict;

b) wenn es die Form, woran vorhin die Gültigkeit einer Handlung gebunden war, simplificirt oder abkürzt, z. B. die Solennitäten der Testamente. [3])

---

1) In Bezug auf Testamente kann natürlich auch nach der Absicht des Allg. Landrechts nur von den Gesetzen zur Zeit des Todes, nicht zur Zeit eines etwaigen spätern Streites, die Rede sein; denn durch die Ungültigkeit des Testaments nach den Formgesetzen zur Zeit des Todes wäre der Nachlaß bereits den Intestaterben anerfallen, denen er selbstredend durch ein späteres Gesetz über Testamentsförmlichkeiten nicht wieder entzogen wird.

2) Siehe Bornemann, a. a. O., S. 18.

3) Das Resultat, das sich aus unsern Untersuchungen für den §. 17 der Einleitung zum Allg. Landrecht ergibt, ist also, daß er durchaus theoretisch richtig ist in Bezug auf die Testamente insbesondere und in Bezug auf alle bloßen Beweis- und Beglaubigungsförmlichkeiten im allgemeinen (s. oben S. 150 fg.), und daß er nur dann falsch ist, wenn die vom ältern Gesetz vorgeschriebenen Förmlichkeiten zur Constituirung eines bindenden civilen Willens unerlaßlich waren. Wenn letzteres wegen der steten Widerruflichkeit des Testaments niemals die Bedeutung der für dasselbe vorgeschriebenen Formen sein kann, so wird es dagegen meistens die Bedeutung der für unwiderrufliche Acte vorgeschriebenen sein. Bei diesen werden die vom Gesetz verlangten positiven Formen meistens die Bedeutung haben, daß ohne sie ein civiler bindender Wille überhaupt nicht ins Leben getreten ist. Die hauptsächlichsten unwiderruflichen Acte sind wieder die zweiseitigen Verträge. Und so erklären sich nun von hier aus und erlangen jetzt erst ihre wahrhafte theoretische Rechtfertigung und Begründung die Entscheidungen des königl. Obertribunals, daß der §. 17 der Einleitung trotz der Allgemeinheit seiner Fassung auf zweiseitige Verträge nicht zu beziehen sei, weil der bei dem Mangel einer wesentlichen Förmlichkeit fehlende bindende Consens durch ein diese Förmlichkeiten beseitigendes späteres Gesetz nicht ergänzt werden könne (vgl. Rechtsfälle, IV, 186; Entscheidungen, XVII, 242; Präjud. 2097 in Entscheid. XVII, 509, und Archiv für Rechtsf., I, 21). Wie aber diese Entscheidung erst hier durch die von uns geltend gemachte

Savigny findet gerade auch in Bezug auf Testamente den §. 17 der Einl. z. Allg. Landr. höchst verwerflich (System, VIII, 409—412) und seine Ansicht hierüber ist die allgemeine der Autoren.

Allein diese Ansicht beruht nur darauf, daß gar nicht in die Tiefe der Sache hinabgestiegen, sondern bei ganz äußerlichen Gründen und Betrachtungen stehen geblieben worden ist. Nach der gegebenen begrifflichen Entwickelung verschwinden dieselben von selbst.

Savigny's eigentlicher Gegengrund reducirt sich darauf, daß der „wahre Vortheil des Testators, nämlich die Aufrechthaltung des wahren, ernsten, besonnenen Willens“ durch die „dem juristischen Grundsatz widersprechende“ Bekräftigung eines bis dahin unwirksamen Testaments nicht befördert werde. Allein dies ist zunächst eine Betrachtung, welche die eigentliche Rechtssphäre — das, was aus der Rechtsidee mit Nothwendigkeit folgt — verläßt und auf das Gebiet der Zweckmäßigkeitsgründe hinabsteigt; die Behauptung, daß diese Confirmirung eine „dem juristischen Grundsatz widersprechende“ sei, ist eine reine petitio principii. Der ganz äußerlich aufgefaßten und festgehaltenen Formel (tempus regit actum) widerspricht diese Confirmirung allerdings —

Unterscheidung des civilen und naturalen Willens und die gesammte darauf basirte weitere Entwickelung den Nachweis des ihr zu Grunde liegenden richtigen begrifflichen Moments erlangt, so hat sich uns dadurch zugleich auch schon die theoretische Mangelhaftigkeit dieser Entscheidungen ergeben. Diese liegt nämlich einerseits darin, daß sie nicht die bloßen Beweisförmlichkeiten auch bei zweiseitigen Verträgen von sich ausnehmen, sich also nicht auf die Förmlichkeiten beschränken, welche zur Darlegung eines civilen Willens erforderlich sind; andererseits wieder darin, daß sie, soweit es sich eben von solchen Formen handelt, welche das Gesetz zur positiven Bedingung für die Anerkennung eines bindenden civilen Willens überhaupt gemacht hat, nicht umgekehrt auch die einseitigen Acte unwiderruflicher Natur in sich einschließt. So kann z. B. auch ein Verzicht, welcher nach den vom Gesetz zur Zeit seiner Errichtung verlangten Formen nichtig ist, nicht dadurch gültig und nun mit Wirksamkeit acceptirt werden, daß er den Formvorschriften eines spätern Gesetzes entspricht. Denn immer würde dadurch dem Individuum ein unverbindlicher, stets seiner natürlichen Freiheit anheimgegebener Wille in einen verbindlichen, mit Rechtszwang bekleideten, ohne individuelle Willensaction und durch die bloße Action des spätern Gesetzes, gewaltsam umgewandelt werden, was, wie wir früher gesehen haben, eine flagrante Rückwirkung darstellen würde.

und es stößt Savigny eben hierbei zu, Formel und Grundsatz miteinander zu verwechseln —, aber was den „juristischen Grundsatz" anbetrifft, so haben wir gerade gezeigt, wie vermöge der immanenten Nothwendigkeit der logischen Rechtsidee selbst die Wirksamkeit eines solchen Testamentes gesetzt ist. Die juristisch-grundsätzliche Nothwendigkeit wäre also nicht in Abrede zu stellen, wenn die Sache selbst als eine äußerlich unzweckmäßige zugegeben werden müßte. Allein auch in Bezug hierauf stößt Savigny dabei eine petitio principii zu. Wenn er behauptet, daß im Interesse des wahren Vortheils des Testators, zur Aufrechthaltung des wahren, ernsten, besonnenen Willens, die schwerern, z. B. gerichtlichen Formalitäten erforderlich oder mindestens dienlicher seien, so ist dies eine Behauptung, die er vom Standpunkt des aufgehobenen ältern Gesetzes oder von seinem subjectiven Standpunkt herab ausspricht. Savigny übersieht, daß er sich bei der Beurtheilung dieser Frage l e d i g l i c h auf den Standpunkt des n e u e n, in Kraft befindlichen Gesetzes stellen muß.

Nach der Anschauung des neuen Gesetzgebers, nach dem gegenwärtigen Rechtsbewußtsein also, sind auch in Bezug auf Zweckmäßigkeit nur die leichtern, geringern Formen erforderlich, um das Dasein eines wahren, ernsten, besonnenen Willens zu manifestiren. Wie sollte also der Gesetzgeber zu dem Widerspruch kommen können, das, was ihm als hinreichend ernste Willensmanifestation bei der gesammten Generation für die Zukunft erscheint, als nicht hinreichende in Bezug auf die schon bestehenden Willenserklärungen dieser Art anzusehen, da ja doch durch das Erscheinen des neuen Gesetzes dieselben durchaus nicht irrevocabel und ohne Einwilligung des Testators mit Rechtszwang bekleidet werden? Alle Testamentserrichtung kann ja, wie Savigny anderwärts selbst anerkennt, weil Testamente usque ad extremum spiritum vitae widerruflich bleiben, nur als die f a c t i s c h e V o r b e r e i t u n g eines Actes betrachtet werden, der seine j u r i s t i s c h e V o l l z i e h u n g erst mit dem letzten Lebenshauche erhält. In Bezug auf die zur formellen Gültigkeit vorgeschriebenen Formalitäten muß es somit auch von diesem Gesichtspunkt aus hinreichen, wenn nur jenen Formen genügt ist, die zur Zeit dieser juristischen Vollziehung erforderlich waren, gerade so wie es auch bei einem notariellen Kaufacte oder einem andern zweiseitigen Vertrage nicht

darauf ankäme, ob die zur Zeit des Entwurfs des Actes, sondern nur ob, bei inzwischen eingetretenem Gesetzwechsel, die zur Zeit der Vollziehung des Actes vom Gesetz geforderten Formalitäten erfüllt werden.

Savigny unterstellt, diese nachträglich eintretende Gültigkeit habe in einer beabsichtigten „Milde und Schonung" ihren Grund.

Wie vollständig hierbei der wahre theoretische Zusammenhang der Sache verkannt wird und wie wir in unserer Entwickelung nur wahrhaft das zum begrifflichen Selbstbewußtsein gebracht haben, was innerlich der Bestimmung des Allg. Landrechts zu Grunde liegt, zeigt sich am besten durch Art. 10 des Publicationspatents vom 5. Febr. 1794 zum Allg. Landrecht. Derselbe lautet:

„Da auch die Fälle sich häufig ereignen durften, wo die Handlung oder Begebenheit, aus welcher streitige Rechte unter den Parteien entspringen, zwar schon vor der Publication des Landrechts sich ereignet haben, die rechtlichen Folgen derselben aber erst nachher eintreten, so finden wir nöthig, wegen solcher Fälle nachstehende nähere Bestimmung festzusetzen:

„Es soll nämlich in dergleichen Fällen jederzeit darauf Rücksicht genommen werden: ob es noch in der Gewalt desjenigen, von dessen Rechten oder Pflichten die Rede ist, gestanden und blos von seinem freien Entschlusse abgehangen, die rechtlichen Folgen der frühern Handlung oder Begebenheit, durch Willenserklärungen oder sonst, zu bestimmen und auf andere Art, als in dem neuen Landrecht geschehen ist, festzusetzen, oder ob eine solche abändernde Bestimmung in der Gewalt und einseitigen Entschließung desjenigen, den die Handlung oder Begebenheit angehe, nicht mehr gestanden habe?

„Im letztern Falle sollen die auch später eintretenden rechtlichen Folgen dennoch nur nach den ältern Gesetzen, welche zur Zeit der vorgefallenen Handlung oder Begebenheit gültig gewesen sind, beurtheilt werden.

„Im erstern Falle hingegen soll, wenn auch die Handlung oder Begebenheit älter, aber keine solche abändernde Bestimmung vorhanden wäre, bei Beurtheilung der erst nach dem 1. Januar 1794 eintretenden rechtlichen

Folgen, dennoch nur die Vorschrift des gegenwärtigen neuen Landrechts Anwendung finden."

Es bedurfte jetzt nur der Hersetzung dieses Artikels, um zu zeigen, wie die Unterscheidung desselben zwischen unwiderruflichen und beliebig abzuändernden Acten innerlich auf nichts anderm beruht, als auf der oben angegebenen Unterscheidung zwischen dem naturalen und dem bindenden civilen Willen und der daraus abgeleiteten Entwickelung. Es ist jetzt von selbst evident, wie die Verfügung des §. 17 der Einleitung, soweit sie die Testamente im Auge hat, nichts anderes ist als eine consequente und nothwendige Folgerung des dem Art. 10 des Publicationspatents zu Grunde liegenden Gedankens.

Auch der badische Gesetzgeber ging von derselben Ansicht, wie das Allg. Landrecht, aus. Es heißt in dem Publicationspatente, welches im Jahre 1809 bei der Einführung des Code Napoléon als Landesgesetz für das Großherzogthum Baden erlassen wurde, §. 11, Nr. 3:

„— — Hiernächst sollen auch jene Testamente, die vorhin, es sei kurz oder schon länger her errichtet worden sind, und nach dem gedachten 1. Juli durch den Tod des Erblassers zur Wirksamkeit kommen, für kräftig erachtet werden, nicht nur wenn sie den altgesetzlichen Formen gemäß sind, sondern auch alsdann, wenn sie nach solchen zwar einen Mangel hätten, der aber nach diesem Landrecht aufhört, ein Mangel zu sein, da der Gesetzgeber wie der Richter mit Recht voraussetzt, daß der Erblasser gewollt habe, daß sein Wille in jeder Form, in der es gesetzlich möglich, erhalten werde."

In den Worten: „wie der Richter", ist sehr richtig anerkannt, daß es durchaus keiner besondern gesetzgeberischen Verfügung für diesen Zweck bedarf, sondern sie auch ohne solche der Richter selbst aus der reinen Rechtsidee abzuleiten hatte.

Ebenso stimmt im Princip die hannoversche transitorische Verordnung vom 23. Aug. 1814 (Allg. Vorschrift Nr. IV) mit dem §. 17 der Einleitung zum Allg. Landrecht überein. [1])

---

1) In der hannoverschen Verordnung heißt es daselbst: „Die während der Unterbrechungszeit mit Anwendung der in den fremden Rechten vorge-

Wie Savigny und die deutschen Autoren überhaupt, so sind auch die französischen Schriftsteller der Ansicht, daß das spätere Gesetz nicht ein zur Zeit der Errichtung formell ungültiges Testament validiren könne. Nur Meyer [1]) vertritt die entgegengesetzte Ansicht, will sie aber irrthümlich durch die römisch-rechtlichen Bestimmungen über das testamentum militare begründen, sodaß der Widerlegung, die ihm Merlin [2]) zu Theil werden läßt, nur beigepflichtet werden kann.

Wenn aber Merlin, von der Widerlegung Meyer's und seines Misverständnisses abgesehen, daselbst ausrufen zu können glaubt: „On ne peut donc pas plus argumenter de la nouvelle loi pour le valider (le testament) que pour l'annuler", so läßt er dabei die eigene Gesetzgebungsgeschichte seines Landes unbeachtet, die ihn sehr wohl zu einer richtigern Ansicht hätte anleiten können. In der That, unter jener instinctiven Operation des Begriffs, welcher wir so fortlaufend begegnen und die man in der Regel als praktisches Rechtsgefühl zu bezeichnen pflegt, hat auch die französische Gesetzgebungsgeschichte keinen Mangel an Gesetzen, welche sich die Befugniß zuschrieben, die zur Zeit ihrer Anfertigung aus formellen Gründen ungültigen Testamente nachträglich zu validiren. Die Ordonnanz von 1735 hatte alle letzt-

---

schriebenen Solennitäten vollzogenen Geschäfte und Verträge bestehen der Form nach auch ferner, und soll selbst, so oft der Wille und der gute Glaube der Interessenten außer Zweifel sind, die bloße Versäumung einer nach den fremden Gesetzen erforderlichen, nach Unsern Gesetzen jedoch überflüßigen und unwesentlichen Förmlichkeit der Gültigkeit des Geschäfts dann nicht entgegenstehen, wenn die durch Unsere Gesetze etwa vorgeschriebenen Förmlichkeiten beobachtet sind." Diese Verfügung sucht also gerade das, woran, wie wir nachgewiesen haben, der §. 17 der Einleit. zum Allg. Landrecht krankt, durch eine factische Beweisfrage zu beseitigen, was als ein nicht zu billigender Versuch bezeichnet werden muß. Gerade die Testamente anlangend, fährt sie a. a. O. fort: „Ueber die Form der hier ausgenommenen, während der Unterbrechungszeit errichteten Testamente werden besondere Verfügungen folgen." Allein es muß hierbei bemerkt werden, daß, da hier jetzt das gemeine Recht an die Stelle des französischen trat, ein in Bezug auf die Testamentssolennitäten schwierigeres Recht auf ein geringere Förmlichkeiten verlangendes Gesetz folgte und insofern also die eben in Rede stehende Frage hier nicht zur Anwendung kam.

1) Principes sur les questions transitoires, p. 179 sq.

2) Répert. de Jurispr. v° Effet rétr., V, 589.

willigen Verfügungen für nichtig erklärt, welche nicht von den öffentlichen Beamten selbst, vor denen sie aufgenommen wurden, niedergeschrieben würden, und in denen nicht ausdrücklich erwähnt würde, daß sie den Testatoren vorgelesen worden seien.

Nichtsdestoweniger confirmirte eine Declaration vom 24. März 1745 alle Testamente, welche die Notare des Parlamentsbezirks von Aix von ihren Schreibern hatten niederschreiben lassen. Eine andere Declaration vom 26. Jan. 1751 verordnete dasselbe für den Bezirk des Parlaments von Bordeaux. Durch eine dritte Declaration vom 6. März desselben Jahres wurde dies auf alle Länder des droit écrit ausgedehnt. Durch eine Verfügung vom 24. März 1754 validirte Ludwig XV. alle von den Pastoren im Bezirk von Roussillon aufgenommene Testamente, in welchen der ausdrückliche Vorlesungsvermerk fehlte. Und endlich untersagte die Assemblée constituante durch Decret vom 8. Sept. 1791 die Anfechtung der früher von den Notaren in den Provinzen Vivarais, Lyonnais, Forez und Beaujolais aufgenommenen Testamente, in welchen die Notare blos den Mangel der Unterschrift der Testirenden constatirt hatten, ohne, wie erforderlich gewesen war, ausdrücklich zu bemerken, daß dieselben selbst erklärt hatten, nicht unterzeichnen zu können. [1])

§. 12. Absolute Pflicht der sofortigen Einwirkung neuer Gesetze. Die Rechtsidee. Strafrecht. Res judicata in Strafsachen.

Endlich bedarf es noch der Heraushebung eines letzten Moments, welches schon allem Bisherigen stillschweigend zu Grunde

1) Dies Decret verfährt auch nach der von uns in Bezug auf den Unterschied der hängigen Klage und der res judicata in §. 9 entwickelten Theorie, indem es mit Recht, da es ein zwingendes Gesetz darstellt, auch die Abweisung der bereits hängigen Nichtigkeitsklagen verordnet, dagegen die noch nicht exequirten, aber bereits rechtskräftigen Urtheile unangetastet läßt. Es heißt in dem Gesetz ausdrücklich: „... valide à cet effet lesdits testaments et autres actes de dernière volonté en ce qui concerne ladite omission; *défend aux tribunaux* d'avoir *égard aux demandes déjà formées* ou qui pourraient l'être par suite, afin d'en prononcer la nullité *sans préjudice néanmoins de l'exécution des jugemens rendus en dernier ressort ou passés en force de chose jugée* avant la publication du présent décret."

lag und eben nur in seiner begrifflichen Gedankennatur bestimmt aufgezeigt und hervorgehoben werden muß.

Die Wirkung des in Rede stehenden Moments ist diese: daß jedes neue Gesetz, insofern es einem Individuum zugute kommt und nicht wahrhaft erworbene Rechte [1]) eines andern Individuums verletzt, sofort zur unbedingtesten Anwendung kommen muß. Da, wo die Lage der Individuen durch das neue Gesetz nur verbessert wird und individuelle erworbene Rechte nicht beeinträchtigt werden, läßt sich von Rückwirkung gar nicht reden. Die rechtliche Natur dieses Momentes ist von den Römern wiederholt anerkannt worden, z. B. in dem Rescript der Kaiser Theodosius und Valentinianus [2]): „Rescripta contra jus elicita ab omnibus judicibus refutari praecipimus, nisi forte aliquid est, *quod non laedat alium et prosit petenti*, vel crimen supplicantibus indulgeat." Noch viel gründlicher und umfassender aber wird dieser Grundsatz in den Pandekten ausgesprochen in folgender Form: „Naturalis enim simul et civilis ratio suasit, alienam conditionem *meliorem quidem*, etiam *ignorantis et inviti nos facere posse*, deteriorem *non* posse." [3])

Fragt man aber nach dem innersten begrifflichen Grunde dieses Moments, so ist es kein anderer als folgender: Kein Individuum hat ein Recht darauf, daß irgendetwas bereits den Inhalt des allgemeinen Geistes bilde, Gesetz sei. Aber jedes Individuum hat das erworbenste Recht darauf, daß das, was einmal den anerkannten Inhalt des allgemeinen Geistes bildet, auch für es, dieses Individuum da und vorhanden sei. Es ist dies eine Forderung, welche nichts geringeres als den formellen Begriff des allgemeinen Geistes selbst bildet: für alle Einzelnen dazusein. Es ist dieses Moment des Begriffs,

---

1) Wir drücken uns hier der Kürze halber so aus, verweisen aber ausdrücklich darauf, daß die in §. 7 besprochenen, neuen absoluten Gesetzen entgegenstehenden Rechte, weil sie von Anfang an nur auf die Zeit bis zum Eintreten der prohibitiven Gestaltung des Rechtsbewußtseins erworben wurden und werden konnten, von jetzt ab aufhören, erworbene Rechte darzustellen, wie dort nachgewiesen worden ist.

2) L. 7 C. de prec. Imper. (1, 19).

3) Gajus, L. 39 de neg. gest. (3, 5).

auf welchem das obligatorische Wesen des Gesetzes überhaupt, der zwingende Trieb desselben, Wirklichkeit zu haben, und ebenso das im Wesen des Gesetzes liegende Moment der Gleichheit für Alle, somit der Begriff des Gesetzes überhaupt beruht. [1])

Die Wirkung dieses Begriffsmoments hat keine andere Grenze als diejenige der durch individuelle Willensactionen erworbenen Rechte anderer Individuen, wie dies schon aus dem in §. 1 Gesagten erhellt. Es kommt nämlich hier nur zu seiner systematischen Anerkennung und Consequenz, was daselbst bereits aufgezeigt worden ist, daß aus dem Wesen des Gesetzes als dem für obligatorisch erklärten allgemeinen Vernunftinhalt die Pflicht des unbedingten sofortigen Platzgreifens des Gesetzes folge, und dieser durchdringende Zug nur die aus seinem eigenen Begriffe hervorfließende Schranke habe: menschliche individuelle Willenshandlungen nicht denaturiren zu dürfen.

Wo also nicht auf solche individuelle Willenshandlungen, d. i. erworbene Rechte, gestoßen wird, resp. solche vom Individuum nicht geltend gemacht werden, weil seine Lage durch das neue Gesetz gebessert wird, da muß der neue Vernunftgehalt des allgemeinen Geistes sein Dasein für alle Einzelnen bewähren, also sofort zur Anwendung kommen. Daß das neue Gesetz die Lage der Individuen bessernd abändert, ist gerade möglichste Aufgabe jedes Gesetzes und keine Rückwirkung desselben.

Zugleich nannten wir diese begriffliche Forderung, daß, was

---

1) Dies ist auch nach uns zum Unterschiede von den bisherigen Auffassungen (z. B. Böcking, Einleitung in die Pandekten u. s. w., §. 1, Note 2; Savigny, I, 407 fg.) die wirkliche speculative Bedeutung der Definition des Ulpian (L. 10 de justitia et jure, 1, 1): „*Justitia* est constans et perpetua voluntas *jus suum cuique tribuendi*", und §. 1: „*Juris* praecepta sunt (haec: honeste vivere, alium non laedere) *suum cuique tribuere.*" Das Moment, für alle Einzelnen dazusein — die Auflösung der Substanz in das Fürsichsein der Individuen — liegt schon in der Rechtssubstanz selbst, und bildet daher den gemeinschaftlichen Begriff von *jus* und *justitia*. Auf der eben entwickelten Natur dieses Begriffsmoments, die aber von ihm nicht theoretisch bewältigt und deshalb zu schiefen Folgerungen getrieben worden ist, beruht auch die Struve'sche Ansicht, daß der Gesetzgeber über die zeitliche Anwendung der Gesetze zu verfügen überhaupt incompetent sei.

einmal bereits den gegenwärtigen Inhalt des allgemeinen Geistes bildet, auch für jeden Einzelnen dasei, ein erworbenes Recht des Individuums. Sie muß aber in der That das erworbenste von allen Rechten genannt werden.

Im Staat ist ein jeder Einzelne durch sein gesammtes Leben, Denken und Wirken Mitproducent des allgemeinen Geistes, oder muß doch als solcher angesehen werden. Hat er als Einzelner kein Recht darauf, daß ein Vernunftgehalt bereits den anerkannten Inhalt des allgemeinen Geistes ausmache, dessen Werden rein sich selbst gehorcht, so hat er dagegen das peremtorischste Recht, daß alles, was einmal als zum Inhalt des allgemeinen Geistes gehörend bereits anerkannt ist, auch für ihn sei, und ihm, dem Einzelnen, zugute komme. Dies ist das Urrecht des Individuums dem Staate gegenüber. Dies Recht, nach dem behandelt zu werden, was bereits den anerkannten Inhalt des allgemeinen Geistes bildet, ist nicht durch eine einzelne Handlung, es ist durch das gesammte Handeln und Wirken des Individuums im Staate und für das allgemeine Wesen constituirt und erworben. Es ist das absolute erworbene Recht des Individuums, von welchem auch alle andern bestimmten erworbenen Rechte nur einzelne Ausflüsse bilden.

Wenn man auf diesen allein richtigen philosophischen Rechtsbegriff der Sache zurückgeht, ergibt sich auch, welche absolute Rechtswidrigkeit in der angeblichen „Billigkeit und Schonung" liegt, mit welcher man häufig geglaubt hat, vom gesetzgeberischen Standpunkt aus die Anwendung neuer Gesetze für gewisse Klassen oder Individuen zu Gunsten der bisherigen Ansprüche anderer Klassen oder Individuen zeitweise suspendiren zu müssen oder zu dürfen. So sagt z. B. Savigny [1]) über die Fideicommisse (vgl. oben S. 219 fg.): „Sehr schwierig ist die Lösung dieser Aufgabe — (nämlich der, «die höchste Schonung und Billigkeit in die Ausführung des neuen Gesetzes zu legen») — bei der Aufhebung von Fideicommissen, indem hier die Ansprüche und Erwartungen der zur Nachfolge berechtigten einzelnen Personen in hohem Grade ungewiß sind. Eine Verminderung des Nachtheils kann

1) VIII, 539.

darin gesucht werden, daß die Ausführung etwas verschoben wird."

Und in der That haben häufig bei Fideicommissen wie bei andern ähnlichen Anlässen Gesetzgebungen, z. B. die westfälische und andere (vgl. oben S. 40, Note 1), von diesem vermeintlichen Billigkeitsstandpunkt aus die Ansprüche der nächsten Anwärter berücksichtigend verfügen zu dürfen geglaubt, daß trotz der Aufhebung der fideicommissarischen Substitutionen die durch diese gegebenen Primogenituransprüche der bisherigen Berechtigten des nächsten Grades aufrecht bleiben sollten. [1]) — Die gründliche und begriffliche Betrachtung der Sache zeigt, wie wir gesehen haben, daß diese angebliche Billigkeit vielmehr höchste Unbilligkeit und Widerrechtlichkeit ist. Diese Schonung übersieht in ihrer Unklarheit, daß sie um bestehende Ansprüche, die aber von vornherein mit dem Vorbehalt der Aufhebung bei dem Eintreten einer prohibitiven Gestaltung des allgemeinen Bewußtseins erworben wurden (§. 7) und deren Aufhebung daher keine Verletzung erworbener Rechte bildet, zu schonen, das erworbenste aller Rechte verletzt, das Recht der nach dem neuen Gesetze zur Succession u. s. w. Berufenen, daß dasjenige, was bereits den Inhalt des gegenwärtigen allgemeinen Rechtsbewußtseins bildet, auch für sie sei!

Unter der besondern Herrschaft dieses Moments steht, wie aus der Natur der Sache von selbst hervorgeht, das Strafrecht. Es folgt dies aus dem sehr einfachen Grunde, daß im Strafrecht dem Individuum niemals ein anderes Individuum, sondern stets nur die Gesellschaft als solche gegenübersteht. Eine dem Individuum günstige Aufhebung oder Milderung von Strafgesetzen kann also niemals auf erworbene individuelle Rechte stoßen, welche allein die Einwirkung des neuen mildern Gesetzes zu einer Rückwirkung machen würden. Es ergibt sich also hieraus, daß die Anwendung des neuen günstigern Strafgesetzes ebenso wol wenn

---

1) Der positive Nachweis, was bei der Aufhebung von Fideicommissen eintreten muß, um wahrhafte Rückwirkung und widerrechtliche Verletzung der bisherigen Berechtigten zu vermeiden, kann, worauf wiederholt verwiesen werden muß, erst bei der Specialbetrachtung dieser Materie, in den Anwendungen sub II, b, gegeben werden.

es eine bestimmte Art von Strafe (z. B. Todes-, Pranger-, Prügelstrafe) ganz aufhebt, als wenn es Handlungen, die bisher mit Strafe bedroht waren, der Pönalität entkleidet, eine absolute Forderung des Begriffs ist, und zwar ganz ebenso sehr in dem Fall, wo nur das Vergehen vor dem neuen Gesetz begangen, als in demjenigen, wo auch der Criminalproceß bereits hängig, als endlich in dem Fall, wo bereits ein rechtskräftiges Strafurtheil vorliegt. Es ist ein kaum begreiflicher Beweis von der erdrückenden und tödtenden Macht der Formel, daß die Hinfälligkeit des rechtskräftigen Strafurtheils, welche mit der gesetzlichen Aufhebung des strafbaren Charakters der dem Urtheil zu Grunde liegenden Handlung [1]) nothwendig und als unvermeidliche Consequenz der Rechtsidee selbst eintreten muß, nicht nur von den Juristen mit Stillschweigen übergangen, sondern sogar so häufig ausdrücklich in Abrede gestellt wird. Die Quelle dieses merkwürdigen Irrthums lag natürlich in den geläufigen Vorstellungen von der Unerschütterlichkeit und Autorität der res judicata. Aber diese Vorstellungen, richtig an sich selbst, treiben sich durch diese Anwendung auf Strafurtheile geradezu zum Unfug. Das Civilurtheil begründet, wie wir gesehen haben, erworbene Rechte für Individuen, und diese bleiben, als durch individuelle Handlungen einmal gültig erworben, bestehen, wenn auch ihr Entstehungsgrund fortfällt (§. 3). Aber beim Strafurtheil die res judicata als ein erworbenes Recht der Gesellschaft ansehen zu wollen, muß als absurd bezeichnet werden. Denn dies erworbene Recht würde auf nichts anderes hinauslaufen, als auf ein erworbenes Recht der Gesellschaft, das Individuum gegen ihr gegenwärtiges öffentliches und zwingendes Bewußtsein zu behandeln. Hätte sie ein solches Recht, das als der logische Widerspruch selbst nicht einmal gedacht werden kann, so würde sie doch niemals die geringste Anwendung von

1) oder mit einer derartigen Milderung des Strafmaßes, daß die im Urtheil zuerkannte Strafe das Maximum der von dem neuen Gesetze verhängten überschreitet; denn wo sich die zuerkannte Strafe innerhalb des Maximums des neuen Strafgesetzes hält, ist der Widerspruch zwischen dem Urtheil und dem neuen Gesetz, welcher eben das Urtheil abrogirt, gar nicht eingetreten. Es kann hier vielmehr dieselbe Handlung auch nach dem gegenwärtigen Rechtsbewußtsein mit demselben Strafquantum belegt werden.

demselben machen können, da auch das Interesse der Gesellschaft als solcher lediglich gerade darin besteht, ihren geistigen Inhalt zu realisiren, nicht ihn selbst zu negiren oder als negirt zu erhalten.

Wie wenig übrigens ein solches Recht vorhanden ist und wie sehr es vielmehr das absolute Recht des Individuums ist, das ihm günstige Platzgreifen des zu dem frühern Inhalt des allgemeinen Bewußtseins, aus welchem das Strafurtheil hervorgegangen ist, in Widerspruch stehenden neuen Rechtsbewußtseins des öffentlichen Geistes zu fordern, ist oben aus dem Begriff des Geistes selbst bereits mit Nothwendigkeit erwiesen. Endlich werden überhaupt durch ein Strafurtheil nicht seitens der Gesellschaft „Rechte erworben", weil dies nur durch individuelle Handlungen geschehen kann (§. 1), und solche zwar im Civilproceß, aber nicht in der vindicta publica enthalten sind. Das Strafurtheil stellt vielmehr nur einen Schluß dar, durch welchen der Einzelne wegen einer besondern Handlung unter ein Allgemeines — das Gesetz — subsumirt wird. [1]) So wie die Propositio major als falsch nachgewiesen wird — und das neue Gesetz, welches die früher verbotene Handlung nicht mehr verbietet, oder das früher dafür mögliche Strafmaß oder die Strafart abschafft, enthält den authentischen gesetzgeberischen Beweis für diese Falschheit —, so wird der Schluß falsch und cessirt von jetzt ab von selbst. — Es stellt sich hier sehr deutlich der Unterschied der Bedeutung der res judicata in Civil- und in Strafsachen heraus. Das Civilurtheil beruht, wie wir gesehen haben (S. 160 und Note 1 das.), durchaus nicht auf der Fiction der absoluten Wahrheit, wie es denn auch nur inter partes Beweis macht, sondern es stellt eine Novation dar, d. h. ein, abgesehen von seinem ursprünglichen rechtlichen Entstehungsgrund, durch Willenshandlung erworbenes selbständiges Recht. Das Strafurtheil dagegen, bei welchem eine erwerbende Willenshandlung gar nicht vorhanden ist, beruht in der That auf dieser Fiction der absoluten Wahrheit, wie es denn auch inter omnes Beweis macht.

1) Diese Handlung ist mit dieser Strafe zu belegen. Cato hat diese Handlung begangen. Folglich ist er mit dieser Strafe zu belegen.

Aber eben weil das Strafurtheil auf dieser Fiction beruht, muß, wenn der legale und anerkannte Beweis für die Unwahrheit der Fiction eintritt, wenn infolge einer Entwickelung des allgemeinen Volksbewußtseins das früher als absolute Wahrheit Geltende jetzt zur Unwahrheit geworden, auch hier der Satz platzgreifen: fictio cedit veritati. Das rechtskräftige Strafurtheil kann also unmöglich in die Zeit hinein fortwirken [1]), in welcher die Strafbarkeit der durch das Urtheil factisch constatirten Handlung durch das Rechtsbewußtsein des allgemeinen Geistes und somit durch die Rechtssubstanz selbst ausgeschlossen ist.

Daß eine Strafe, z. B. die Todesstrafe, trotz eines rechtskräftigen Urtheils, der Rechtsidee zufolge, nicht mehr vollstreckt werden kann, wenn ein neues Gesetz diese Strafe abgeschafft und somit für unzulässig erklärt hat, wird schwerlich Widerspruch finden. Dasselbe muß aber sogar in noch stärkerm Grade dann gelten, wenn ein neues Gesetz eine früher für strafbar erklärte Handlung für straflos erklärt, oder, was dasselbe ist, nur dann für strafbar, wenn sie bestimmte, früher nicht erforderliche Re-

1) Nicht fortwirken! Es ergibt sich also von selbst, daß bereits gezahlte Geldstrafen wegen Abschaffung des Strafverbots nicht zurückgefordert werden können. Sie sind bereits in den Besitz (§. 9) der juristischen Person des Fiscus übergegangen. Ueberdies kann, weil das Recht nur als historisches Recht wirkliches Recht ist, keine Strafexecution zu einer im juristischen Sinne widerrechtlichen werden dadurch, daß sie dem Rechtsbewußtsein einer spätern Zeit widerspricht. Wenn jemand also z. B. zu fünf Jahren Gefängniß verurtheilt ist und nach dem ersten Jahre seiner Haft durch ein neues Gesetz die Strafbarkeit seiner Handlung abgeschafft wird, so würde es nach der Strenge der Principien das Verbrechen einer widerrechtlichen und ungesetzlichen Beraubung der persönlichen Freiheit darstellen, den Verurtheilten die weitern vier Jahre in Haft zu halten, da dies eine fortlaufende Execution eines aufgehobenen Gesetzes bilden würde. Aber was das abgelaufene Jahr betrifft, so würde, wenn in diesem Staate die Einrichtung bestände, daß unschuldig Verhaftete Entschädigung erhalten sollen, der Verurtheilte gleichwol eine solche durchaus nicht begehren können, da durch die gegenwärtige Aenderung der Rechtsanschauung dies nicht geändert wird, daß, weil das Recht nur als historisches in die Erscheinung tritt, die Haft während jenes Jahres eine rechtmäßige war.

quisite trägt. Denn hier ist die Aenderung des allgemeinen Rechtsbewußtseins nicht nur in Bezug auf das Wie? der Bestrafung eingetreten, sondern sie ist die noch viel substantiellere, das Was des zu Bestrafenden betreffende. Wie unwiderleglich der von uns entwickelte Grundsatz ist, wird jedem handgreiflich fühlbar werden, wenn man den häufig genug eintretenden Fall unterstellt, daß durch die Aenderung des allgemeinen Rechtsbewußtseins die früher verbotene Handlung jetzt sogar als eine verdienstliche angeschaut wird. So besteht in mancher Gesetzgebung oder Praxis der Grundsatz, daß gewaltsame Selbsthülfe gegen Beamte, welche mit Ueberschreitung ihrer gesetzlichen Befugniß die persönliche Freiheit des Bürgers beeinträchtigen, z. B. bei illegaler Verhaftung, Haussuchung u. s. w., ein Vergehen sei. Diese Rechtsanschauung aber kann sich ändern und der entgegengesetzten Platz machen, daß in solchem Falle der Widerstand ein unbedingtes Recht, ja sogar eine den allgemeinen Rechtssinn entwickelnde, den Bürgermuth durch Beispiel und Tradition kräftigende, den Beamtenübermuth daniederhaltende und der Herrschaft einer strengen Gesetzlichkeit günstige verdienstliche Handlung sei, wie es in der Geschichte nicht an Beispielen solcher Gesetzgebungen fehlt. [1]) Wenn ein solches Gesetz eintritt, so wird es jedem einleuchten, daß die Fortsetzung der Bestrafung der früher Verurtheilten wegen Handlungen, die nach der jetzigen Anschauung des öffentlichen Geistes als pflichtmäßige und patriotische betrachtet werden, unmöglich sein und resp. selbst eine Negation des Volksbewußtseins und

---

1) Es genüge als solches Beispiel die vom französischen Convent erlassene Verfassung vom 23. Juni 1793 anzuführen (die übrigens darin durchaus nicht allein steht). Art. 11 der Erklärung der Menschenrechte: „Tout acte exercé contre un homme hors des cas et sans les formes que la loi détermine, est arbitraire et tyrannique; celui contre lequel on voudrait l'exécuter par la violence, *a le droit* de le repousser par la force." — Art. 33: „La résistance à l'oppression est la conséquence des autres droits de l'homme." — Art. 34: „Il y a oppression contre le corps social, lorsqu'un seul de ses membres est opprimé; il y a oppression contre chaque membre, lorsque le corps social est opprimé." — Art. 35: „Quand le gouvernement viole les droits du peuple, l'insurrection est pour le peuple, et pour chaque portion, le plus sacré des droits et le plus indispensable des devoirs."

seines öffentlichen Rechts, also eine absolute Verletzung des Rechtsbegriffs darstellen würde. Allein dies gilt offenbar nicht blos, wo der Gegensatz so schneidend ist, daß die früher verpönte Handlung durch den geistigen Umschwung zu einer pflichtmäßigen geworden ist, sondern überall, wo sie durch Aufhebung des Verbots zu einer erlaubten geworden. Denn hiermit ist sie als eine solche gesetzt, welche der Domäne der individuellen Freiheit angehört, deren fortdauernde, von jetzt ab auf keinem Dasein eines Verbotgesetzes beruhende Bestrafung also der Rechtsidee nach ein Vergehen gegen die persönliche Freiheit wäre.

Es wäre auch sehr irrig zu glauben, daß es die Sache der Amnestien oder Begnadigungen wäre, den Widerspruch der beiden aufeinanderfolgenden Zeitbewußtsein in Bezug auf die rechtskräftigen Urtheile auszugleichen, obgleich hin und wieder die Amnestien zu diesem Zwecke dienen mußten.

Amnestie wie Begnadigung setzt immer voraus, daß die zu amnestirende Handlung auch nach der jetzigen Rechtsanschauung eine strafbare bleibt. Sonst wäre nichts an ihr zu amnestiren (zu vergessen). Die hier entwickelte Folge dagegen besteht darin, daß von Rechtswegen, durch die bloße Kraft der Rechtsidee als solcher, die weitere Bestrafung der nicht mehr mit Strafe belegten Handlung ausgeschlossen ist. Das rechtskräftige Strafurtheil, das auf einem Strafgesetz beruht, welches abgeschafft und durch kein Gesetz gleichen Inhalts ersetzt worden ist, ist als ein solches zu betrachten, welches durch die in dem gesammten Volksbewußtsein, dieser alleinigen Substanz alles Rechts, vorgegangenen höhern Rechtsentfaltung außer Kraft gesetzt oder, außer in Hinsicht auf seine schon vergangene Wirkung, cassirt worden ist.

Das hier Erörterte faßt sich also dahin zusammen, daß der Satz nulla poena sine lege nicht nur die Bedeutung habe, daß eine Strafe nicht ohne Gesetz verhängt werden dürfe, sondern ebenso sehr die, daß auch nach schon begonnener Strafvollstreckung diese ohne das frühere oder ein mit ihm identisches Gesetz nicht fortdauern kann.

Wie bereits bemerkt, Jurisprudenz wie Autoren sind in ihrer bis zum sinnlosen Götzendienst verknöcherten Anbetung der Formel von der res judicata in der Regel taub geblieben gegen diese ipso jure durch ein neues milderes Strafgesetz eintretende Wirkung, die wir als

eine absolute Forderung der Rechtsidee nachgewiesen haben, und zwar die französischen Juristen [1]) nicht weniger als die deutschen.

Dagegen ist bei den Gesetzgebern hin und wieder sogar eine ausdrückliche Sanction des hier entwickelten Moments nachzuweisen, so wenig auch das Nichtvorhandensein einer solchen in einem Gesetze, bei der aus dem Begriffe des Rechts selbst mit Nothwendigkeit folgenden Natur der Sache, irgend als Gegengrund geltend gemacht werden kann.

So ist unter dem offenbaren Einflusse dieses Moments der §. 18 der Einleitung zum Allg. Landrecht entstanden: „Die Minderung der in einer ältern Verordnung festgesetzten Strafe kommt auch demjenigen Uebertreter zu Statten, an welchem diese Strafe zur Zeit der Publication des neuern Gesetzes noch nicht vollzogen war."

Hieran ist nur auszusetzen, daß, wurde dies einmal durch besondere gesetzgeberische Bestimmung berührt, die Einwirkung auf die Strafminderung beschränkt ist und nicht auch für den Fall angeordnet wurde, wo die durch das rechtskräftige Urtheil festgestellte Handlung nach dem neuen Gesetz straflos ist.

Jedenfalls aber enthält hierin das preußische Allg. Landrecht eine ahnende Anerkennung des durch die wahre Theorie Gebotenen.

Was soll man hiernach zu dem eingetretenen Fortschritt sagen, wenn es in dem 1851 in Preußen verkündeten allgemeinen Strafgesetzbuch ausdrücklich heißt, in den Allgemeinen Bestimmungen, Art. VII:

> „Der §. 18 der Einleitung zum Allgemeinen Landrecht wird hierdurch aufgehoben"

und dem entsprechend in Art. IV daselbst die günstige Einwirkung des neuen Strafgesetzes auf den Fall beschränkt wird, wo

---

1) So z. B. Merlin, Répert. v° Effet rétr., Sect. III, §. 11, No. 2: „La loi qui vient substituer des peines plus douces à celles que des jugemens antérieurs et passés en force de chose jugée, ont infligées à des crimes ou délits de la même nature, réduit elle de plein droit et sans qu'elle s'en explique formellement, les condamnations prononcées par ces jugemens? *Non;* une fois que la condamnation pénale est prononcée en dernier ressort et passée en force de chose jugée, il n'y a plus qu'un acte exprès et spécial du souverain qui puisse en faire cesser l'effet!"

die Handlung früher begangen oder noch nicht rechtskräftig abgeurtheilt worden ist?!

Es ist jener tiefe ahnungsvolle Haß gegen alle Intelligenz, welcher die preußische Reactionsperiode seit 1849 kennzeichnet und sich wie ein durchdringender Fluch sogar auf jede solche Einzelheit ausbreitet, wo der Grund und Zusammenhang dieses Hasses nicht einmal zum Bewußtsein kam, welcher die preußische Reaction zwang, die Lichtblicke ihrer eigenen im vorigen Jahrhundert erlassenen Gesetzgebung zu streichen.

In umfassender Weise der nachgewiesenen Forderung der Rechtsidee zu entsprechen, dazu hatte den begrifflichen Instinct und die edle Humanität nur die „blutdürstige" Epoche der französischen Revolution. Infolge des von der Assemblée constituante am 6. Oct. 1791 erlassenen neuen Code pénal verordnete die Assemblée législative im Gesetz vom 3. Sept. 1792 ausdrücklich (Art. 1—4), daß alle rechtskräftig Verurtheilten, die zu einer härtern Strafe als der durch das neue Strafgesetzbuch über dasselbe Vergehen oder Verbrechen verhängten verurtheilt seien, berechtigt seien, sich an die Tribunale erster Instanz zu wenden, welche ihre Strafe in Gemäßheit der im neuen Code pénal ausgesprochenen reduciren sollten; ferner (Art. 5), daß infolge des vom neuen Code pénal auf 20 Jahre beschränkten Maximums der Freiheitsstrafen überhaupt und der von ihm aufgehobenen Galeerenstrafe bei allen früher zur lebenslänglichen Freiheitsstrafe Verurtheilten die Lebenslänglichkeit derselben sofort fortfallen, die Galeerenstrafe aber unter Anrechnung der bereits verbüßten Zeit in die Strafe der reclusion oder gêne in Gemäßheit des neuen Code pénal verwandelt werden solle, sodaß, wenn die schon verbüßte Zeit der im Code pénal fixirten gleich sei, die Verurtheilten sofort in Freiheit zu setzen seien, und wenn sie geringer sei, sie nur noch den Rest der im Code pénal fixirten verbüßen sollten. [1])

---

1) Ja, in einer edeln Humanität ging die Assemblée législative noch weiter, als die Principien stricte fordern. Da der neue Code die Aburtheilung durch Geschworene an Stelle der alten Criminalprocedur gesetzt hatte, in welcher die Richter, wie das Gesetz im Préambule sagt, nicht konnten „combiner le fait avec l'intention et les circonstances et pronon-

Und hier sieht man wieder recht deutlich hervortreten, was wir in der Einleitung (S. 35 fg.) über die politische Geschichte des Nichtrückwirkungsbegriffs im allgemeinen und über die unter Napoleon eintretende Gedankenerschlaffung gesagt haben.

Trotz des soeben angeführten großartigen Beispiels der französischen Revolution wird nämlich sofort, als am 25. Frimaire VIII — und man erinnert sich, daß drei Tage vorher, am 22. Frimaire VIII, die Consularverfassung proclamirt wurde — ein neues milderes Gesetz erlassen wird, welches mehrere frühere als crimes qualificirte Eigenthumsvergehen in die Klasse der bloßen Correctionellvergehen versetzte, dasselbe im Art. 19 zwar auch noch auf die bereits ergangenen Urtheile angewendet, aber nur auf solche, gegen die noch ein Cassationsrecurs hängig sei.

§. 13. Schlußbetrachtung. Oertliche Collision der Gesetze.

Es haben sich uns jetzt die Momente des Begriffs, den wir im §. 1 zuerst nur als abstracten Begriff aufstellen konnten, in ihrer concreten Vollständigkeit ergeben. Es hat sich dabei gezeigt, wie der Begriff der erworbenen Rechte auf dem Begriff der individuellen Willenshandlung und das Postulat der Unverletzlichkeit dieser Rechte oder der Nichtrückwirkung

---

cer d'après une conviction morale", so verordnete die Versammlung, unbekümmert um die Einwürfe der Reaction gegen die praktische Ausführbarkeit wegen zu großer Geschäftsüberbürdung der Beamten u. s. w., daß die Verurtheilten sich an die Criminaltribunale erster Instanz wenden und diese nun nach Art einer Jury „in ihrer Seele und auf ihr Gewissen nach Einsicht der Piecen und nach Beschaffung aller möglichen Aufklärungen" darüber entscheiden sollten, ob das Verbrechen, welches zu der Strafe Anlaß gab, excusable war oder nicht, und daß sie, im Fall sie es für excusable fänden, den vollen Straferlaß, welches auch die Gattung der Strafe sei, aussprechen sollten. — Wir sagen, es war dies mehr als nach den Principien stricte gefordert werden kann, weil dies eine Einwirkung auf das frühere formelle Procedurgesetz darstellt, die frühere Rechtmäßigkeit eines Procedurgesetzes aber, und ebenso die Competenz des durch dasselbe bestellten gesetzlichen Richters, das factische Dasein eines Verbrechens zu constatiren, in Bezug auf die frühern, unter jenem Gesetz erfolgten Urtheile durch das neue geänderte Rechtsbewußtsein der Rechtsidee nach nicht negirt wird, wie aus unsern Entwickelungen von selbst folgt.

auf dem Begriff der Willensfreiheit beruhen, beide zunächst im Unterschied und Gegensatz zur Bewegung der rechtlichen Substanz als solcher, oder der Einwirkung der Gesetze auf die blos gesetzlichen Rechte. Es hat sich gezeigt, daß die scheinbar aus nicht eigenen Willenshandlungen, sondern aus Ereignissen oder Handlungen dritter Personen, und somit scheinbar aus dem bloßen Gesetz entspringenden erworbenen Rechte eben nur ganz scheinbar Ausnahmen, hiervon machen, da sie, in ihrer wahrhaften speculativen Auffassung, vom Rechte vielmehr gleichfalls als durch die geistige Willensaction des Individuums vermittelt gedacht werden, und so den waltenden Begriff, statt ihn zu widerlegen, nur bestätigen, wobei sich das verschlossene innere Wesen zahlreicher Rechtsinstitute ergeben hat.

Es hat sich herausgestellt, daß der speculative Begriff — und gerade nur er — die Kraft hat, aus seiner eigenen Dialektik heraus die Unterschiede zu entwickeln, welche in der Fülle der speciellen Fälle zur Geltung zu kommen haben, Fälle, deren concrete und bei größter äußerer Aehnlichkeit in sich unendlich unterschiedene Natur von der abstracten Allgemeinheit der das begrifflich Verschiedenste unter Einen Hut bringenden vulgären juristischen Formel überall verletzt und mishandelt wird. — Bis dahin war die Untersuchung immer nur von dem Gegensatz der individuellen Willensfreiheit und der rechtlichen Substanz als solcher (Gesetz) ausgegangen, ein Unterschied, auf welchem der entwickelte Begriff überhaupt beruht. Aber diese Gegensätze sind nicht blos abstracte Gegensätze, sondern jeder von beiden hat auch den andern schon in sich selbst, schließt sich mit ihm in eine Einheit zusammen. Die individuelle Willensfreiheit und Willenshandlung ist nur dann eine rechtliche oder gültige, wenn sie die rechtliche Substanz (das Gesetz) als vermittelnde (vermittelndes, erlaubendes Gesetz) in sich hat, wie ebenso umgekehrt, soweit die rechtliche Substanz zur individuellen Freiheit sich affirmativ verhält und sie als berechtigt anerkennt, die individuelle Freiheit selbst zur rechtlichen Substanz des Volksgeistes gehört.

Auf diesem speculativen Gesetz des Geistes — der Identität der begrifflichen Gegensätze, von denen jeder den andern schon in sich selbst hat — beruht es, als auf seinem tief-innersten Grunde, daß beide Gegensätze nicht in abstract-ausschließende

Stellung zueinander treten können; daß also, wenn die rechtliche Substanz durch ihre Fortentwickelung dazu gelangt, der individuellen Willenshandlung nicht mehr als vermittelnde einzuwohnen, sondern sich prohibitiv zu ihr zu verhalten, die individuelle Willenshandlung nicht mehr fortwirken kann und hierbei dennoch von keiner Rückwirkung und Verletzung der Willensfreiheit die Rede ist, weil jene Einheit mit der rechtlichen Substanz als vermittelnder von Anfang an die substantielle Grundlage und Voraussetzung der rechtlichen Willensfreiheit selbst bildet, eine Voraussetzung, an deren Dasein sie also durch ihre eigene substantielle Natur gebunden bleibt. Und ebenso beruht es auf diesem selben speculativen Grundgesetz, daß, wenn die Substanz durch ihr Entwickelung dazu gelangt, zu der prohibirten Handlung des individuellen Willens sich affirmativ zu verhalten und sie als ein Attribut seiner Freiheit anzuerkennen, hierdurch von selbst die substantielle Gültigkeit (Convalescenz) an dem Dasein der individuellen Willensfreiheit heraustritt (§. 7—12).

Diese begrifflichen Gesetze mit allen ihren nähern und so vielfach abgestuften und verwickelten Unterschieden, die gesammte Casuistik der Fälle, haben sich uns in die Einheit des speculativen Begriffs aufgelöst und als die durch seine eigene Kraft und Natur aus ihm hervorfließenden Bestimmungen ergeben. Der Wirrwarr der zusammenhanglosen, unvereinbaren und sich widersprechenden Regeln, in einem Gebiete, in welchem man selbst an der Möglichkeit verzweifelte, es unter eine Vielheit von bestimmten festen Grundsätzen zu bringen, hat sich uns, wie die auseinanderlaufenden Radien, welche aus dem Einen gemeinschaftlichen Lichtkern hervorfließen, in die centralische Sonne des Einen speculativen Gedankenkerns zurückergossen, als dessen durch seine eigene Thätigkeit hervorgetriebenen Ausstrahlungen sie sich erwiesen haben. Nur wo diese Einheit ist, ist Wissenschaft, ist System, ist Beweis und Gewißheit.

Zugleich ist hierbei so wenig von einem subjectiven Gedanken die Rede, daß wir vielmehr überall im empirisch-historischen Material die disjecta membra dieses speculativen Begriffs aufzuzeigen vermocht haben. Die bloße Empirie wird ewig das thränenreiche und vorbildliche Schicksal der Isis theilen, welche bei der Aufsuchung der zerstückelten Glieder des Gottes sie alle

findet und sammelt — bis auf das Eine! Wenn aber die Philosophie in der Empirie die zerrissenen Glieder ihres Gedankengottes aufsucht, so ist sie vor diesem Schicksal sicher. Denn die Einheit des Gedankens, dessen disjecta membra sie sammelt, ist eben selbst das Zeugungsglied, das Organ des sich selbst erfassenden Lebens, welches nun von selbst in fortzeugender Fruchtbarkeit seine positiven Resultate hervorbingen und die bisherigen Irrthümer beseitigen muß.

Und eben weil wir nur mit dem speculativen Begriffe zu Werke gegangen sind, weil wir nur mit dem Begriff der individuellen Willensfreiheit einerseits und der rechtlichen Substanz (Gesetz) andererseits operirt und durch die alleinige Operation dieser Factoren diese ganze Materie entwickelt haben, haben wir mehr als unsere Aufgabe gelöst. Wir haben unter anderm auch die Frage nach der örtlichen Collision der Gesetze im Princip gelöst. Dieselbe muß durch die vorstehende begriffliche Entwickelung im Princip gelöst sein, denn sie beruht gleichfalls nur auf denselben Begriffsmomenten, dem Begriff der individuellen Willensfreiheit und dem Begriff der rechtlichen Substanz als solcher, und ihren Verschlingungen untereinander. Ob diese Verschlingungen in der Zeit oder im Raume stattfinden, muß nothwendig identisch sein, denn diese sinnlichen Daseinsformen sind selbst ihrem Begriffe nach identisch, und es muß innerlich völlig gleichgültig seiu, in welchem dieser beiden Elemente seine begriffliche Collision sich äußert. So ist die schon von Savigny ausgesprochene Ahnung dieser Identität, seine Behauptung eines „innern Zusammenhangs" der örtlichen und zeitlichen Collision (VIII, Vorr. VII), die er dann aber in der Entwickelung seiner Lehre nicht durchführen konnte, zu ihrer wahrhaften, zur innersten Identität zusammensinkenden Erfüllung gekommen. Den praktischen Nachweis zu führen, daß in unsern Entwickelungen auch die principielle Lösung örtlicher Collisionsfragen an sich gegeben ist, würde Sache einer neuen voluminösen Darstellung und Auflösung der einzelnen örtlichen Collisionsfragen und für uns kein Gegenstand mehr von hinreichendem Interesse sein. Wir begnügen uns daher mit zwei Bemerkungen. Erstens kann man die Formel aufstellen, daß wo, wenn die Collision auf eine zeitliche reducirt wird, der Richter das neue Gesetz anwenden müßte, im Falle

der örtlichen Collision der Richter das Recht des Proceßforums zu hören hat; daß aber in Fällen, wo, wenn die Collision eine zeitliche wäre, das Gesetz zur Zeit der Handlung zur Anwendung kommen müßte, bei der örtlichen Collision in Bezug auf die Rechts- und Handlungsfähigkeit der Person das Recht des Domicils, in Bezug auf die formelle Gültigkeit der Handlung das Recht des Orts der Handlung, in Bezug auf die rechtlichen Wirkungen derselben aber das durch die wenn auch stillschweigend an den Tag gelegte individuelle Absicht der Parteien bestimmte Recht in Anwendung zu bringen ist, welches dann, je nachdem, gleichfalls das Recht des Ortes der Handlung oder des Domicils, oder des Erfüllungsortes sein kann, eine Auswahl, in der die Entscheidung von der Interpretation des factischen Willens der beiden Parteien abhängt, und daher, wie man mit Unrecht stets übersehen hat, als bloße Schwierigkeit der factischen Absichtsermittelung gar keine Collision von Gesetzen darstellt, ebendeshalb aber auch insoweit den Kreis der von uns erörterten Principien überschreitet. Nur muß, um große Irrthümer zu verhüten, bemerkt werden, daß ein Gesetz, welches in Bezug auf die Bürger des eigenen Landes prohibitiv oder absolut ist, dies darum durchaus noch nicht immer in internationaler Beziehung, in Bezug auf Angehörige eines andern Staats oder einer andern Gesetzgebung ist. Wenn z. B. ein preußisches Gesetz verordnete, daß vor dem fünfundzwanzigsten Jahr niemand majorenn sein könne, so wäre dies Gesetz, da ihm die Privatwillkür nicht derogiren kann, prohibitiv, aber nur für die Preußen. Dies Gesetz will nur den Preußen den Schutz verleihen, welcher in der bis zu einem gewissen Alter reiferer Vernunft versagten Handlungsfähigkeit enthalten ist. Aber es fällt ihm nicht ein, diesen Schutz auch den Ausländern aufzwingen und z. B. den französischen Gesetzgeber hindern zu wollen, seine Franzosen schon mit einundzwanzig Jahren majorenn zu erklären. Den Ausländern gegenüber wirkt daher dies Gesetz nur wie ein vermittelndes, und muß alle einundzwanzigjährigen Franzosen durch die Action ihres Gesetzgebers für ebenso majorenn erklärt betrachten, wie Preußen, die es durch Erklärung der obervormundschaftlichen Gerichte sind. So zeigt sich nun, warum der einundzwanzigjährige Franzose, der in Berlin ein Darlehen contrahirt hat, trotz des preußischen absoluten Gesetzes ebenso gut in

Berlin verklagt werden kann als in Frankreich. — In dem Gesagten tritt zugleich hervor, warum in Bezug auf die Handlungsfähigkeit überhaupt nach den Gesetzen des Domicils da geurtheilt werden muß, wo, die örtliche Collision auf eine zeitliche reducirt, das Gesetz zur Zeit der Handlung maßgebend wäre. Hier könnte scheinen, bei der von uns behaupteten Identität im Falle der örtlichen Collision vielmehr das Gesetz des Orts der Handlung maßgebend sein zu müssen. Dies ist aber deshalb nicht der Fall, weil, wie wir oben sahen, alle Gesetze über die Handlungsfähigkeit sich dem Ausländer gegenüber nur erlaubend (vermittelnd), diejenigen seines eigenen Landes hierüber aber absolut zu ihm verhalten. Hat er also nach dem Gesetz des Ortes die Handlungsfähigkeit nicht, wol aber nach dem seines eigenen Landes, so muß er, weil das Gesetz des Ortes ihm gegenüber erlaubend, das Gesetz seines eigenen Staats aber absolute bekleidend einwirkt, als ein solcher angesehen werden, der sie hat, gerade etwa wie einer, der sie unter jenem Gesetz des Ortes wohnend, in einer von demselben für zulässig erklärten Weise durch besondern Act sich erworben hätte. Hat er umgekehrt die Handlungsfähigkeit nach dem Gesetz des Ortes, nicht aber nach dem seines Domicils, so muß er, weil sich das erste nur erlaubend zu ihm verhält, das zweite aber für seine Landesangehörige prohibitiv ist, als ein solcher angesehen werden, der sie nicht hat. Denn die Wirkung der bloßen Erlaubniß ist wie eine an eine nicht erfüllte Bedingung geknüpfte Erlaubniß durch das prohibitive Gesetz ausgeschlossen. — Nur in dem Angegebenen beruht der innere Grund der alten Theorie, daß die Gesetze des Domicils immer als statutum personale auf die Handlungsfähigkeit wirken.

III.

Anwendungen.

Nach den ausführlichen Erörterungen, in welche wir bei der Entwickelung der Theorie eingegangen sind, kann es nicht unsere Absicht sein, hier derartige Rechtsfragen zu behandeln, deren Erledigung sich, selbst wenn sie nicht ausdrücklich besprochen sind, aus der Theorie von selbst hinreichend ergibt. Eine Casuistik von Fällen zu schreiben, welche das eigene Denken ersparen soll, ist nicht im mindesten der Zweck dieses Werkes. Außer dem Erbrecht, dessen genaue Behandlung in doppelter Hinsicht noch zur Durchführung und Befestigung der Theorie selbst erforderlich ist, werden wir uns daher nur noch auf einige wenige Fragen einlassen, die durch ihre specielle Natur ein besonderes Interesse empfangen oder eine besondere Schwierigkeit erregen können.

I. Personenzustand und Handlungsfähigkeit.

A.

Ein nach verschiedenen Seiten hin nicht richtig aufgefaßtes interessantes Gesetz Justinian's mag hier zunächst erörtert werden, weil bei richtiger Betrachtung desselben nicht nur sowol seine scheinbare Schwierigkeit, als auch die falschen Folgerungen, zu denen es Anlaß gegeben hat, beseitigt werden, sondern es auch vorzüglich geeignet ist, sowol durch sich selbst als durch den Vergleich mit andern Gesetzen desselben Gesetzgebers deutlich herauszustellen, wie unleugbar Justinian unter der instinctiven Operation des im §. 1 entwickelten Begriffes gestanden hat, und wie der dialektischen Thätigkeit desselben die unsere Materie berührenden Gesetze, selbst in ihren scheinbaren Widersprüchen, entflossen sind.

Durch die lex Junia war verordnet worden, daß bei gewissen unvollständigen Freilassungen der Freigelassene zwar der latina libertas theilhaftig und des Vermögenserwerbs fähig sein sollte, daß er aber beim Tode durch eine Fiction wieder in den Sklavenstand zurückfallen und somit sein Vermögen nicht qua Erbschaft, sondern infolge dieser Fiction dem Patron anerfallen sollte. 1)

---

1) Gajus, III, §. 56; Ulpian, XX, §. 8, 14, und Justinian (s. S. 371): „Quis enim patiatur talem esse libertatem, ex qua ipso tempore mortis in eandem personam simul et libertas et servitium concurrant et qui quasi liber moratus est, eripiatur non solum in mortem, sed etiam in servitutem?"

Durch die L. un. C. de Lat. libert. tollenda hob Justinian diese unvollständige Freilassung auf, sie in eine vollständige mit allen Wirkungen der Civität verwandelnd. Aber am Schlusse des Gesetzes fügt er hinzu, daß dasselbe nicht nur in Bezug auf die schon gestorbenen Freigelassenen — denn in diesem Falle war das Vermögen derselben den Herren bereits erworben —, sondern auch auf die noch lebenden Freigelassenen [1]) unangewendet bleiben solle. [2])

Bergmann benutzt dies Gesetz, um daraus seine falsche Folgerung zu ziehen, daß ein Gesetz, welches den Personenstand verändert (und infolge dessen auch die Successionsrechte), auf niemand angewendet werden dürfe, dessen Personenstand schon in der Vorzeit begonnen und regulirt war. [3])

Savigny, welcher diesen Irrthum Bergmann's nicht theilt [4]), will ebenso irrthümlich seinen Grundsatz darauf basiren [5]), daß die „künftigen Wirkungen vergangener Thatsachen“ durch neue Gesetze nicht geändert werden können, eine ebenso wie ihr Gegentheil abstract-allgemeine Formel, deren Unrichtigkeit wir in den §§. 6 und 7 schlagend haben hervortreten sehen. An einer andern Stelle [6]) sagt Savigny über dasselbe Gesetz: „Dieses war nun nicht ein neues Gesetz über die Erbfolge, wie es neuere

---

1) §. 13: „Sed si quidem liberti jam mortui sunt, et bona eorum quasi Latinorum his, quorum intererat, aggregata sunt, *vel adhuc vivunt*, nihil ex hac lege innovetur, sed maneant apud eos jure antiquo firmiter detenta et vindicanda. In *futuris* autem etc.“

2) Beiläufig: Hier ist die Nichtanwendung ausdrücklich vorgeschrieben; aber hier hütet sich Bergmann, von seinem lahmen Argumente Gebrauch zu machen (s. oben S. 187, Note 1), daß eine ausdrückliche Hinzufügung des Gesetzgebers über die Rückwirkungsfrage zeige, wie nach der eigenen Ansicht dieses Gesetzgebers das von ihm Verordnete aus der reinen Rechtsidee nicht folge; ein Argument, mit welchem Bergmann freilich sehr bequem alle Vorschriften römischer Gesetze beseitigt, die nach ihm der römischen Auffassung von der Rückwirkung widersprechen würden, und das er anzuwenden vergißt, wenn, wie hier, das ausdrücklich Vorgeschriebene mit seiner Ansicht von der römischen Auffassung der Rückwirkung übereinstimmt.

3) Verbot der rückwirkenden Kraft u. s. w., S. 96; vgl. das. S. 89.

4) Wie es sich hierüber in Wahrheit verhält, siehe oben S. 73—77.

5) System, VIII, 395. — Savigny druckt die Worte vel adhuc vivunt breit, da er in ihnen eben die Bewährung dieses Grundsatzes findet.

6) Das. S. 505.

Schriftsteller gewöhnlich ansehen, sondern über die Freilassung und die mit derselben verbundene Beschränkung des Vermögens. Die transitorische Vorschrift war der Natur des Rechtsverhältnisses völlig angemessen."

Savigny fühlt in diesen Worten die Rechtmäßigkeit der Vorschrift richtig heraus und nähert sich in gewisser Weise dem Grund derselben, ohne ihn jedoch wirklich aufzeigen zu können. Wenn das Gesetz kein Gesetz über die Erbfolge war — wie es denn dies in der That nicht war —, so war es dagegen, wie Bergmann S. 96 richtig und scharf genug aufzeigt, ein Gesetz über die Veränderung des ganzen Status der liberti Latini. Es war eine Constitution über den Personenstand und eine aus dieser geänderten Rechtsfähigkeit der Person hervorfließende Veränderung der Successionsrechte, respective Einführung von solchen.

Wo aber infolge eines den Personenstand verändernden Gesetzes eine neue Rechtsfähigkeit, wie z. B. active testamenti factio, Intestaterbrecht u. s. w. eintritt, da muß, wie nicht nur aus unserer Lehre, sondern auch aus der Savigny's folgt [1]), dies Gesetz sofort alle lebenden Personen dieses Standes mit dieser Rechtsfähigkeit befassen. Niemand wird bestreiten, daß, wenn ein Gesetz den peregrini, welche sie nicht hatten, testamenti factio [2]) oder den Sklaven eine bestimmte Vermögensfähigkeit — z. B. auf irgendein peculium — verleiht, dies Recht sofort alle peregrini — und ebenso alle Sklaven in Bezug auf von jetzt ab Erworbenes — ergreifen muß.

Die Latini Juniani konnten also sagen: Dieses Gesetz ertheilt unserm Status eine bestimmte Rechts- und Vermögensfähigkeit, indem es denselben gänzlich aufhebt und in volle Frei-

1) Siehe z. B. VIII, 414—419, 452 fg., 461 fgg., u. a. a. O.

2) Der hier in Rede stehende Freigelassene — der Latinus Junianus — hatte testamenti factio und konnte also Testamentszeuge sein. Aber er hatte sie nicht in Bezug auf sein eigenes Vermögen (s. die oben angeführte Stelle). Man kann das richtiger so ausdrücken: er hatte testamenti factio während des Lebens, verliert sie aber zur Zeit des Todes, wodurch dann von selbst ein vorhandenes Testament wegen mangelnder Fähigkeit ungültig wird. Denn der Nachlaßunfähigkeit des filius familias steht der Fall des Latinus Junianus nicht gleich, weil letzterer, zum Unterschied von jenem, während seines Lebens Vermögen für sich erwerben kann.

heit und Civität umwandelt. Es muß somit auf alle diesem Status angehörigen Personen sofort einwirken.

Weshalb ist nun dennoch das Gesetz rechtmäßig?

Aus dem sehr einfachen Grunde, weil diese Latini Juniani überhaupt nur durch den freien Willen ihrer Herren freigelassen worden waren, und weil also dies neue Gesetz, wenn es auch den Freigelassenen gegenüber nur *qua* Gesetz wirkt, doch die Berechtigten — die frühern domini der von ihnen freigelassenen Sklaven — nur durch Vermittelung einer individuellen Willensaction derselben treffen und diese denaturiren würde, indem es ihr zum Nachtheil der Berechtigten andere und größere rechtliche Folgen verleihen würde, als der dominus bei der Handlung der Freilassung gewußt und gewollt hat. Es ist also ganz natürlich und logisch, daß das römische Gesetz, da es ja nicht die Sklaverei und die von ihr bedingte Vermögensunfähigkeit überhaupt als unzulässig aufhebt, sondern nur einen Mittelzustand aufhebt, der lediglich das freie Willensproduct der Herren war, sich auf den Standpunkt der domini stellt und dieselben nicht nachträglich in eine größere Entäußerung ihrer Rechte versetzt, als die, welcher sie sich unterworfen haben.

Wir sehen so den von uns in §. 1 entwickelten Begriff in dieser Verordnung Justinian's schlagend bestätigt. Zugleich folgt hieraus, daß, wenn die Ursache, durch welche die ehemaligen Sklaven in die Junianische Latinität versetzt worden waren, eine von dem Willen der Herren unabhängige, also eine objective oder — was in Bezug auf die Herren dasselbe — nur in Willenshandlungen der Sklaven gelegene gewesen wäre [1]), jenes Gesetz Justinian's im entgegengesetzten Sinne hätte verfügen und die Rechtsfähigkeit mit allen aus ihr fließenden Folgen allen lebenden Personen dieser Kategorie sofort ertheilen müssen.

Und in der That läßt sich durch eine ganze Reihe von Gesetzen darlegen, daß Justinian diesen Unterschied sorgfältig

---

1) wie z. B. durch gewisse Würden oder als Belohnung für gewisse Handlungen Sklaven ipso jure frei wurden; s. Dig. „Qui sine manumissione ad libert. perv." (40, 8), und Cod. „Pro quibus causis servi pro praemio libert. accip." (7, 13).

beobachtet und daher durchaus unter der Operation des von uns entwickelten Begriffs gearbeitet hat.

Werfen wir zunächst einen Blick auf ein schon früher (s. S. 76) bezogenes, die durch das Familienrecht bedingte Rechts- und Handlungsfähigkeit der Person betreffendes Gesetz. Durch die Novelle 81 verordnet Justinian, daß durch die kaiserliche Verleihung gewisser Würden und Aemter an Familiensöhne dieselben ipso jure und ohne väterliche Emancipation sui juris werden sollen. Und da hier ein solcher Fall vorliegt, wo, unabhängig von der individuellen Willensaction des bisherigen Berechtigten, durch das objective Dasein des Amtes [1]) die Gewalt des Familiengewalthabers gebrochen wird und die Rechtsfähigkeit mit ihren Folgen eintritt, so will Justinian, genau entsprechend dem von uns entwickelten Unterschiede, dieses Gesetz nicht nur auf solche angewendet wissen, welche wie in dem Gesetz über die Latini Juniani von nun ab in diese Lage gerathen werden, sondern ebenso auf die, welche bereits früher eine solche Würde erlangt haben, sodaß dieselben jetzt ohne weiteres dadurch sui juris sein sollen. [2]) Er spricht dies auf das ausdrücklichste aus (Kap. 1, §. 1):

---

1) Justinian denkt sich dies aufs schärfste so. „Ut ordinarii consules, si in potestate sint *simul cum verbo, quod ipsis hoc munus tribuit, suae potestatis fiant*", sagt er das. Kap. 1.

2) In diesem Ideenzusammenhange fällt nun ein helles Licht auf ein Institut des alten jus civile, die minima capitis diminutio, und speciell auf die zwei Fragen, warum auch der Emancipirte, der doch nur die Rechtsfähigkeit gewinnt, durch die Emancipation eine capitis diminutio erleidet, und warum ferner die Vestalin (und ebenso der flamen Dialis), trotz ihres Austritts aus der Familie, keine cap. dim. erleidet. Erstere Frage beantwortet Savigny (II, 65 fg.) mit Beziehung auf L. 3, §. 1, de c. m. (4, 5): „cum emancipari nemo possit nisi in *imaginariam servilem causam* deductus", dahin, daß die alterthümliche Form der Emancipation, der formelle Durchgang durch die mancipii causa, davon der Grund gewesen sei. Allein dies heißt die Wirkung für die Ursache ausgeben. Denn dieser formelle Durchgang kann ja eben nur wieder als die symbolische Darstellung des in dem Acte thätigen Gedankens aufgefaßt werden, und es kehrt daher die Frage in der Form wieder: warum denn die Emancipation mit jenem formellen Durchgang verbunden sein mußte? was also gar nichts anders ist, als die Frage: warum sie ihrem Gedanken nach eine capitis diminutio in sich schließen muß? — Die zweite Frage, warum

„. . . Quare sive *quis nunc* in potestate aliena *sit*, qui hisce honoribus aut magistratibus quos antea enume-

---

die Vestalin ohne cap. dim. aus der väterlichen Gewalt heraustritt, hat den Juristen seit jeher viel Kopfzerbrechen verursacht (siehe Cramer, Kleine Schriften [Leipzig 1837] S. 89 fg.; Savigny, II, 503 fg.), weil diese Thatsache gegen die currente Regel angeht, daß jede familiae oder status permutatio mit einer capitis diminutio verbunden sein muß. Wenn aber Böcking, a. a. O., I, 217, ausruft: „Also eine familiae oder status permutatio und doch keine capitis minutio? Weder solche mutatio, noch minutio", so kann dem durchaus nicht beigestimmt werden; denn die familiae permutatio kann ja nicht im geringsten bestritten werden! Sie tritt ja ganz handgreiflich darin hervor, daß die Vestalin nicht mehr in der Familie ab intestato erbt, noch so beerbt wird, testamentfähig ist und auch, wenn sie nach dreißigjährigem Dienst austritt, nicht wieder in die väterliche Gewalt zurückfällt, sondern sui juris bleibt, Thatsachen, die Böcking a. a. O. selbst constatirt, und die doch auf das unanfechtbarste den Bruch des Familien- und Agnationsbandes und das Austreten aus demselben erweisen.

Die Antwort auf beide Fragen ist eine und dieselbe. Sie beruht auf dem Begriff des filius familias, der erst im zweiten Bande bei Behandlung des römischen Erbrechts wahrhaft klar gelegt werden kann, und auf den gedoppelten Seiten, die er enthält. Der Sohn erscheint im Eigenthum des Vaters. Soll dies aufgehoben werden, so kann dies nur dadurch geschehen, daß ihn der Vater aus seinem Eigenthum heraussetzt, d. h. ihn veräußert. Durch die Veräußerung wird aber etwas gerade als Sache gesetzt. Dies, daß eine Privatwillkür ihn, eine an sich freie (zur Freiheit bestimmte) Person, als ihre Sache setzt, enthält den Begriff der capitis diminutio für den Sohn in sich und zwingt ihn zu jener symbolischen Darlegung derselben, dem formellen Durchgang der mancipii causa. Man wird sagen wollen: wird auch durch die Emancipation der Sohn nothwendig als Sache gesetzt, so erleidet er doch keine neue cap. dim. hierdurch. Denn er war ja schon vorher die Sache des Vaters, er wird jetzt nur als das gesetzt, was er schon bis dahin an sich war, und die cap. dim. müßte hiernach schon im Zustand des filius familias beruhen, was nicht der Fall ist. Allein dies Raisonnement würde den später zu entwickelnden speculativen Begriff des Verhältnisses verkennen, der hier nur flüchtig angedeutet werden kann. An sich ist der Sohn — und dies unterscheidet ihn vom Sklaven — freie Person, dazu bestimmt, seiner Zeit von selbst sui juris zu werden; nur daß diese an sich freie Person in privatrechtlicher Willensidentität mit einer andern Person steht, welche der zeitweilige allein berechtigte Träger und das Subject dieses zwischen beiden identischen Willens ist. Da also der Sohn an sich Willensperson ist, so ist er nicht Sache und in keinem Zustand der Verunehrung. Weil aber der Vater das zeitlich allein berechtigte Subject dieser Willensidentität ist, kann er ihn zu seiner Sache machen. Der Sohn ist also nicht Sache, sondern

ravimus, *fruitur*, sive *postea futurus sit*, etiam hunc sequatur jus suae potestatis etc." Und ebenso in Kapitel 2: „Neque enim volumus, ut qui ita suae potestatis *factus est* (also durch frühere Amtserlangung) *vel fit* (durch künftige)."

Aber das Gesetz bleibt nicht einmal bei dieser so schlagenden Analogie stehen. Justinian kommt vielmehr selbst darin auch auf den Sklavenstatus zu sprechen. Er ruft im Eingange des Gesetzes aus: „Si enim sancivimus, ut quando servus aliquis sciente domino militia dignus habitus, *vel dignitatem aliquam ab Imperatore consecutus est*, is *statim* liberetur et ad ipsam ingenuitatem transferatur, quare justum non es

---

hat nur die Fähigkeit, vom Vater dazu gemacht zu werden. Von dieser bloßen Fähigkeit macht aber der Vater gerade dann Gebrauch, und muß ihn machen, wenn er seine Willensherrschaft über den Sohn aufheben will. Denn hierzu muß er ihn derselben entäußern, also gerade im Act der Entäußerung als Sache setzen und behandeln. (Bis dahin behandelt er ihn, wie er ihn auch behandeln möge, immer als Sohn, als natürliche Identität, nicht als Sache; erst durch die Aufhebung der Identität, die in der Veräußerung, also in der Entlassung aus derselben vor sich geht, wird er als Nichtidentität und darum als bloße Sache gesetzt.) So erleidet der Sohn also gerade erst durch die Emancipation die capitis diminutio, die seinem frühern Zustand fremd ist. — Geräth der Sohn aus der Willensherrschaft des Vaters ohne dessen Willkür, also ohne von ihm als Sache gesetzt zu werden, z. B. durch den natürlichen Tod des Vaters, so erleidet er diese capitis minutio also nicht. — Verhält sich dies nun so, so muß jetzt ganz klar sein, warum auch die Vestalin und der flamen Dialis, trotz der offenbaren familiae oder status permutatio, keine capitis min. erleiden können; denn sie werden ja nicht durch die Willkür des Vaters, sondern durch eine von dieser ganz unabhängigen Weise seiner Gewalt entzogen, werden somit nicht, wie bei der Emancipation nothwendig, zum Zweck der Befreiung als die Sache dieser Willkür gesetzt, erleiden deshalb also keine capitis min. und haben daher auch den Durchgang der mancipii causa nicht nöthig. Die geistige Achse hiervon liegt also nicht, wie Böcking und Göttling meinen, in der Versetzung „in einen über den bürgerlichen erhabenen Rechtskreis", sondern, wie bei dem Fortfall der väterlichen Gewalt durch den Tod, wo ja der bürgerliche Rechtskreis derselbe bleibt, einfach darin, daß sie sui juris werden durch eine lediglich ihrerseits, nicht durch den Willen des Vaters eintretende Aenderung, und ohne also durch jene Willkür als die Sache derselben behandelt zu werden, wie dies nach der justinianischen Novelle auch bei jenen Aemtern der Fall und diese Aufhebung der väterlichen Gewalt deshalb gleichfalls ohne capitis diminutio ist.

set, ut ille, qui talibus codicillis dignatus est, patria etiam potestate liberetur?“ Also auch bei der Aufhebung des Sklavenstatus soll, wenn dieselbe durch ein Factum vermittelt ist, welches ursprünglich nicht, wie beim Latinus Junianus, durch die bloße Willkür des Berechtigten hervorgebracht ist, sondern in dem objectiven Dasein einer vom Kaiser verliehenen Würde besteht, die Befreiung unmittelbar bei allen von früherher in dieser Lage befindlichen Sklaven eintreten, wie schon in den angeführten Worten selbst das „statim“ und besonders das Perfectum „consecutus est“ ebenso deutlich zeigen, als die von Justinian selbst gezogene Parallele mit der Befreiung durch Würden von der väterlichen Gewalt.

Es verhält sich ebenso, wenn die Freiheit des Sklaven dadurch eintritt, daß sich derselbe dem Mönchsstande gewidmet hat, also durch eine vom Willen des Herrn unabhängige und vielmehr in seinem eigenen Willen gelegene Erhebung in eine Sphäre von objectiver Geweihtheit vermittelt ist, eine Erhebung, welcher der Wille des Herrn sogar geradezu entgegengesetzt sein kann. In der Novelle 5, Kap. 2, §. 1 und 2, verordnet Justinian nämlich, daß, wenn ein Sklave seinem Herrn entlaufen und in ein Kloster geflüchtet ist, um daselbst Mönch zu werden, er nicht nur nach Ablauf des Trienniums, welches (s. Kap. 2, §. 1) erforderlich ist, um der veste monachica et tonsura würdig erachtet zu werden, in den Stand der Freiheit [1]) erhoben sein soll, sondern daß er sogar schon vor Ablauf dieses Zeitraums von der Gewalt seines Herrn befreit sein und nicht von ihm soll reclamirt werden können (s. ib. §. 2), es sei denn, daß der Herr bewiese, der Sklave sei ihm nur entlaufen, um den Folgen eines strafbaren Lebenswandels zu entgehen. Und wieder zeigt der durchgehende Gebrauch der Tempora in dieser Novelle, zumal wenn man den griechischen Text vergleicht, daß dieses Gesetz sich auch auf solche Sklaven anwenden sollte, welche schon vor dem Erlaß desselben in ein Kloster eingetreten oder ihrem Herrn entlaufen waren.

Ganz entsprechend verfährt Justinian in der Novelle 123

1) ... atque in libertatem vindicentur, nam si multis in casibus a lege quoque hoc fit et talis libertas datur, quidni divina gratia his vinculis eos liberare possit?

über die Aufnahme von Sklaven in den geistlichen Stand überhaupt.

Er sagt daselbst Kap. 17: „Si servus sciente et non contradicente domino in clerum allectus sit, *ex ipsa allectione liber et ingenuus sit.*" Der griechische Text — *ἐξ αὐτοῦ τοῦ καταλεγῆναι* — zeigt durch den Infinitiv des Aorist ganz bestimmt, daß, auch wenn die Handlung der Aufnahme schon in der Vergangenheit geschehen ist, dies Gesetz sich auf sie anwenden und die Ingenuität hervorbringen soll. Und die hier hinzugefügte Bedingung: „.. sciente et non contradicente domino" widerspricht dem von uns nachgewiesenen Begriffsunterschied keineswegs. In dem bloßen Wissen und Nichtwidersprechen seitens der Herren liegt so wenig eine Freilassung, daß Justinian noch in demselben Kapitel verordnet, daß, wenn der durch jenen mit Wissen seines Herrn ausgeführten Eintritt in den geistlichen Stand freigewordene Sklave diesen Stand verläßt, er seinem Herrn wiederum als Eigenthum anheimfallen soll (domino suo in servitutem tradatur). Der Herr konnte also vor diesem Gesetze sehr wohl den Eintritt des Sklaven in den Klerus vorübergehend zulassen wollen, nicht wissend, daß derselbe dadurch unwiderruflich seinem Eigenthum entzogen sein würde.

Aber die Ursache der Freiwerdung wird hier gar nicht wie bei dem Latinus Junianus als in der bloßen Willensaction des dominus liegend gedacht. Diese Ursache wird vielmehr gedacht als eine durch jene Privatwillkür des Berechtigten nicht hervorgebrachte eigene Erhebung des Sklaven in die geistige Geweihtheit dieses Standes. Die rechtliche Privatwillkür des Herrn hätte die geistige Erhebung nur verhindern können. Hat sie dieses nicht gethan, hat diese Erhebung einmal rechtmäßig stattgefunden, so ist nun auch die Freiheit nur ein Ausfluß der durch das Wollen und Erlangen des Sklaven, nicht des Herrn, erwirkten geistigen Beschaffenheit. Weil also der hier blos negative Wille des frühern Berechtigten gar nicht die productive Ursache der Freiwerdung oder des geistlichen Standes ist, in dem sich der Sklave befindet — während sie allerdings die alleinige Ursache des Standes des junianischen Freigelassenen war —, so muß diese nicht aus der individuellen Willensaction der Berechtigten fließende

Freiheitsursache alle die ergreifen, welche sich auch schon von früher her in diesem Stande befinden. Und sie wirkt nicht zurück, obgleich sie dies thut, weil eben diese Freiwerdung und dieser Stand des Sklaven, auf den sie sich gründet, durch eine objective, respective auf Seiten der Sklaven liegende Ursache, nicht aber als durch die individuelle Willensaction der frühern Berechtigten hervorgebracht angeschaut wird.

Denselben Begriffsunterschied beobachtet Justinian bei andern, die Rechts- und Handlungsfähigkeit der Personen betreffenden Gesetzen. Durch Novelle 5, Kap. 5, hatte er verordnet, daß Mönche, die, ohne zuvor über ihr Vermögen verfügt zu haben, ins Kloster eintreten, jede Dispositionsfähigkeit darüber verlieren und das Vermögen, mit Ausnahme eines den Kindern der Eingetretenen ab intestato zu verabfolgenden Viertels, dem Kloster anheimfallen solle.

Aber nun entstand die Frage, ob dies Gesetz auch auf solche sich anwenden solle, die schon vor Erlaß desselben ins Kloster gegangen waren. Zur Schlichtung dieser Frage erläßt Justinian die Novelle 76, in deren Vorrede ausdrücklich gesagt ist, daß der in einem individuellen Fall entstandene Zweifel den Anlaß zu ihr gegeben habe. Und wieder entscheidet Justinian die Frage unter der sichtlichen Einwirkung des von uns entwickelten Begriffes. Der Eintritt in den Mönchsstand ohne vorhergehende Verfügung über das Vermögen war lediglich eine freie Willensaction des Individuums. Den Verlust der Dispositionsfähigkeit über das Vermögen und respective den Verlust des Eigenthums selbst auf Grund eines spätern Gesetzes an einen solchen frühern Eintritt knüpfen, hieß also eine vergangene individuelle Willenshandlung vollständig denaturiren und ihr einen Inhalt geben, den sie bei ihrer Vollbringung nicht gehabt hat, hieß somit: die bei den noch jetzt ins Kloster Eintretenden anerkannte Willensfreiheit verletzen oder eine Rückwirkung begehen. Justinian entscheidet also, daß die früher Eingetretenen, sowol wenn Kinder daseien, als wenn nicht — denn des erstern Falls wird nur mit einem „maxime" gedacht —, die Fähigkeit behalten sollten, in jeder beliebigen Weise über ihr Vermögen zu disponiren. Und sehr bemerkenswerth sind die Ausdrücke, deren er sich dabei bedient: „... Eos enim — motivirt er diese Interpretation — qui ante prae-

dictam legem semel in monasteriis commorantur, nihil plane lex postea lata *contristabitur* [1]), aut quid eorum *adimet*, quorum licentiam iis antea dedimus; nec prior nostra lex ullo modo impedimento sit, quoniam *id non est ex iis quae fieri possunt*, *prius* enim disponere et *sic* monasterium ingredi oportuit. *Si vero quis* nulla ejusmodi lege lata monasterium *ingressus sit*, qui *fieri poterit*, ut ordo legis invertatur atque ab illis exigatur, qui antea monasterium ingressi sunt, ut illa faciant quae *prius ignorata* divina nostra constitutione innovata sunt?"

Justinian erkennt hier, was gewiß selten genug bei ihm der Fall, in jenem id non est ex iis quae fieri possunt an, daß er das Gegentheil nicht einmal verordnen könne und seine Machtbefugniß hier ihre rechtliche Grenze habe.

Wir haben also hier ein Gesetz, welches die Rechtsfähigkeit eines Personenstandes bestimmt, und welches dennoch nicht zum Nachtheil der diesem Stande bereits Angehörenden einwirken soll, weil es dieselben nur durch Vermittelung ihrer freien Willensactionen und somit durch eine Entstellung derselben treffen würde.

Es wird von Interesse sein, bei diesem Gesetz einen Blick auf Savigny's Theorie zu werfen und hierauf eine kurze Erörterung folgen zu lassen, um das soeben Gesagte gegen Misverständniß zu schützen. Gehört diese Novelle 5, Kap. 5, wenn man sie in Bezug auf die Savigny'sche Eintheilung betrachtet, zu den Gesetzen über den Erwerb (und Verlust) von Rechten oder zu denen über das Dasein von Rechten? Gewiß, wenn man sich auf den Standpunkt der Eintretenden stellt, die durch diese Handlung ihr Vermögen und die Vermögensfähigkeit verlieren, gehört sie zu den Gesetzen über den Erwerb (Verlust) von Rechten. Aber wenn man sich auf den Standpunkt der Organisation des Mönchsstandes stellt, so kann man in diesem oder ähnlichen Gesetzen ebenso wol ein Gesetz über die Vermögensunfähigkeit von Mönchen, also ein Gesetz über das Dasein der Rechte finden (das daher nach Savigny zurückwirken müßte).

---

1) Vgl. das „calumniare" in der Verfügung des Anastas oben S. 8.

Diese Verstandesabstractionen haben also nichts Festes gegeneinander und gehen ineinander über, je nachdem man sich auf den Standpunkt des Standes selbst, oder der Individuen vor ihrem Eintritt in denselben stellt.

Berücksichtigt man, daß nach Savigny [1]) die aus sittlichen, religiösen und politischen Gründen erlassenen Gesetze wegen der außerhalb des reinen Rechtsgebiets liegenden zwingenden Natur dieser Gründe rückwirken sollen, so würde man um so mehr zu der Meinung neigen müssen, daß jene Novelle auch die schon in den Mönchsstand Getretenen sofort treffen müsse. Denn dieselbe ist durchaus ein Ausfluß sittlicher und religiöser Gründe. Allein nicht darauf, wie Savigny miteinander verwechselt [2]), ob ein Gesetz zwingende Motive hat, sondern darauf, ob es ein zwingendes Gesetz ist, d. h. ein **absolutes**, die Privatwillkür ausschließendes, kommt es an. Dies wird gerade hier besonders klar werden. Wäre das Gesetz von der Anschauung ausgegangen, daß alle, die jetzt in den Mönchsstand eintreten, nicht nur von jetzt ab vermögensunfähig sein sollten, sondern auch ihr gesammtes Vermögen auf das Kloster übertragen müßten, so würde die Anwendung desselben auf alle schon vor demselben eingetretenen und noch in dem Besitz von Vermögen befindlichen Mönche keine Rückwirkung dargestellt haben. Bei einem das Dasein von bestehenden Rechten in der Weise aufhebenden Gesetze, daß es nach seinem Inhalt selbst jedes Abweichen der Willensfreiheit ausschließt und ausschließen will; bei einem Gesetz, welches also dies Recht als ein solches ansieht und bestimmt, welches überhaupt außerhalb der rechtlichen Sphäre der privaten Willensfreiheit liege, kann seine Anwendung auf die in diesem Zustand bereits befindlichen Individuen keine besondere Verletzung der Willensfreiheit, keine Verletzung der rechtlichen (d. i. anerkannten) Willensfreiheit und somit keine Rückwirkung darstellen!

---

1) Vgl. z. B. VIII, 517 u. 527 fg., wo nach der Weise, in welcher Savigny Gesetze, welche die Rechte unehelicher Kinder verringern oder aufheben, besonders den Art. 340 des Code civil auffaßt und rechtfertigt, ebenso gut auch die Novelle 5 hätte auf die damaligen Mönche sofort einwirken müssen.

2) Vgl. oben S. 281, Note 1.

Hier ist nicht mehr die individuelle Willensaction — die Nichtdisposition über das Vermögen vor dem Eintritt ins Kloster —, die das Individuum mit der Wirkung des neuen Gesetzes zusammenschließende Handlung, sondern das Dasein dieses Personenstatus, dessen gesetzliche Gestaltung Sache des Gesetzes, nicht des individuellen Willens ist, und dessen ihm durch eine Aenderung des öffentlichen Bewußtseins in zwingender Weise gegebenen oder entzogenen Rechte daher von jetzt ab jedes Individuum treffen, das diesem Stande angehört. Die Mönche würden daher in dem Falle dieses Gesetzes von jetzt ab ihr Vermögen und ihre Vermögensfähigkeit ebenso verloren haben, als seien sie jetzt erst in den Mönchsstand eingetreten.

Zwar könnte man auch in diesem Falle auf die individuelle Willensaction als die angebliche Ursache zurückgehen wollen, durch deren Vermittelung das Individuum von dem neuen Gesetze getroffen würde.

Man könnte zu sagen versuchen: da der Eintritt in diesen Stand, hier also in den Mönchsstand, doch nur eine freie Willenshandlung des Individuums gewesen sei, so werde also die Willensfreiheit verletzt, wenn auch in Bezug auf die schon früher eingetretenen Individuen der durch das neue zwingende Gesetz verhängte Verlust von Vermögen und Vermögensfähigkeit platzgreife; hätten die Individuen — ist also der Sinn dieser Einwendung — dies vorher gewußt, so würden sie vielleicht gar nicht in diesen Stand eingetreten sein.

Wie unrichtig und wie wenig unsere Theorie widerlegend dieser Einwurf sein würde, zeigt sich schon auf den ersten Blick daran, daß bei dieser Einwendung die Willensaction gar nicht als die directe, das Individuum mit dem neuen Gesetz zusammenschließende Ursache, daß sie nicht als causa, sondern als *causa remota* in Anspruch genommen wird.

Näher betrachtet, ergibt sich das Unrichtige und Unzutreffende dieses Einwandes durch die in §. 7—10 gegebenen Entwickelungen über die Wirkung absoluter Gesetze, auf die wir hier zurückverweisen müssen.

Die augenblickliche Einwirkung eines prohibitiven oder zwingenden Gesetzes auf die bereits in einem Stande, z. B. dem Mönchsstande, Befindlichen würde wegen der ursprünglich durch

freien Willen vermittelten Wahl dieses Standes ebenso wenig eine Rückwirkung sein, als z. B. Gatten, die unter einem die Ehe für auflöslich erklärenden Gesetz geheirathet haben, es als einen rückwirkenden Verlust der individuellen Freiheit geltend machen können, wenn die durch ein neues Gesetz ausgesprochene Unauflöslichkeit der Ehe auf sie angewendet wird, obwol es allerdings factisch möglich sein möchte, daß jemand nicht geheirathet haben würde, wenn die Ehe damals ein unauflösliches Band gewesen wäre oder auch umgekehrt. [1]) Das Individuum erwirbt durch den freiwilligen Eintritt in jeden Stand des Personen- wie des Familienrechts nur diese Qualität, Gatte, Mönch u. s. w. zu sein. Und wie es sogar diese Qualität nur auf so lange erwirbt, als das Gesetz sie überhaupt anerkennt, und sie sofort verliert, wenn durch ein prohibitives Gesetz dieser Qualität Mönch, Gatte u. s. w., das rechtliche Dasein überhaupt entzogen wird, so besitzt es um so mehr auch alle die einzelnen, an diese Qualität vom Gesetz geknüpften oder mit ihm für vereinbar erklärten, noch so sehr erworbenen Rechte nur auf so

1) Man wird hier geneigt sein einzuwerfen, daß aber anerkanntermaßen nur das eheliche Verhältniß der Gatten als solches durch einen Gesetzwechsel betroffen wird, während ihre vermögensrechtlichen Verhältnisse schlechterdings nur durch den Ehecontract oder durch das als stillschweigender Contract wirkende Gesetz zur Zeit der Eheschließung regiert bleiben. Dies ist auch ganz richtig, hat aber selbst seinen Grund wieder nur darin, daß nach unsern Gesetzgebungen die Verabredung über die vermögensrechtlichen Verhältnisse, die zwischen den Gatten stattfinden sollen, eine Sache der individuellen Willensfreiheit der Eheleute ist. Denkt man sich aber, daß ein Volk etwa von der Anschauung ausginge, das sittliche Wesen der Ehe erfordere für die durch sie hervorzubringende Identität mit zwingender Nothwendigkeit auch eine Identität und Gemeinsamkeit des Vermögens, und daß dies Volk deshalb durch ein Gesetz bestimmte, es müsse absolute Gütergemeinschaft zwischen Eheleuten stattfinden, so fühlt man sofort, wie dieses Gesetz der Rechtsidee zufolge auch auf alle bereits bestehenden Ehen platzgreifen und sie, ebenso wie es alle Contractsfreiheit für die Zukunft aufhebt, mit Abrogirung aller bestehenden Contracte von jetzt ab in Gütergemeinschaft versetzen müsse. — So erst ist das Beispiel dem oben unterstellten Falle wahrhaft analog; denn es hat dann durch dies zwingende Gesetz jeder Ehegatte jetzt sein bisheriges Vermögen ebenso an den andern veräußert, wie bei dem supponirten zwingenden Mönchsgesetz diese Vermögensentäußerung an die Gemeinschaft des Klosters auch in Bezug auf die schon in diesem Stande Befindlichen eintreten müßte.

lange, bis ein zwingendes Gesetz dieselben für extra patrimonium, außerhalb der Willensherrschaft der Individuen überhaupt oder der diesem Stande angehörigen Individuen erklärt. Und ebenso wie mit den Rechten wird das Individuum nothwendig auch augenblicklich mit allen Pflichten befaßt, welche das Gesetz in zwingender Weise an eine solche Qualität, Mönch, Gatte u. s. w. heftet. Also auch mit der Pflicht der jetzt vorzunehmenden Vermögensentäußerung an die Klostergemeinschaft. — Wir haben in den §§. 7, 9 und 10 gesehen, daß jeder Rechtsinhalt und jede bestimmte Art von Eigenthum — und ebenso natürlich auch alles Eigenthum überhaupt — trotz alles Erworbenseins nur auf so lange vom Individuum besessen werden kann, bis ein prohibitives Gesetz diesen Rechtsinhalt oder diese Art von Eigenthum — also nothwendig auch alles Eigenthum überhaupt — außerhalb der Eigenthumsfähigkeit der Individuen, oder — was hieraus von selbst folgt — außerhalb der Eigenthumsfähigkeit der einem bestimmten Stande angehörigen Individuen erklärt. Durch den Eintritt in diesen Stand hat sich vermöge der in der Gemeinsamkeit mit dem Volksbewußtsein beruhenden Substanz alles Rechts (vgl. oben S. 195 fg.) das Individuum allen durch die künftige Entwickelung dieses gemeinsamen Volksbewußtseins an diesem Stand zwingend hervorgebrachten Veränderungen in Bezug auf alle seine Rechte (und Pflichten) ebenso frei, ja mit noch größerer sinnlicher Evidenz von Freiheit, unterworfen, wie bei dem Erwerb aller Rechte überhaupt.

Um dieser begrifflichen Willensunterwerfung halber kann also der als causa remota wirkende individuelle Wille, in diesen Stand eingetreten zu sein, ebenso wenig als Einwand geltend gemacht und als denaturirt behauptet werden, als z. B. ein in einem Staate naturalisirter Ausländer die Einrede erheben könnte, es dürfe dieses oder jenes zwingende Gesetz mindestens nicht mit Bezug auf ihn erlassen werden, weil er gar nicht in diesen Staat eingetreten sein würde, wenn er diesen Gesetzwechsel vorausgewußt hätte — was factisch allerdings hin und wieder zutreffen können mag. Wie der Eintritt in den Staat dem Begriffe nach die freiwillige Unterwerfung unter dies gemeinsame Volksbewußtsein für alles in zwingender Weise aus ihm

Fließende, so constituirt der Eintritt in den Stand eine eben solche Unterwerfung unter das aus diesem Volksbewußtsein für diesen bestimmten Stand zwingend Herfließende.

Allein die Novelle 5, Kap. 5, von der wir bei dieser Erörterung ausgingen, ist in der uns beschäftigenden Hinsicht, obwol aus religiösen und sittlichen Motiven erlassen, dennoch kein zwingendes Gesetz. Sie ist dies nicht, weil sie, wie sehr sie auch den Anfall des Vermögens an das Kloster begünstigt, dennoch die Privatwillkür nicht bricht, sondern den Eintretenden freistellt, vor ihrem Eintritt ins Kloster in jeder beliebigen andern Weise über ihr Vermögen zu verfügen. Und weil sie dies thut, weil also auch bei den von jetzt ab Eintretenden die Entäußerung des Vermögens an das Kloster nur vermittelt wird durch die freie Willensaction der nicht vorhergehenden anderweitigen Verfügung [1]), durfte sie nicht auf die früher Eingetretenen angewendet werden. [2])

Wie sehr der eben entwickelte Unterschied bei Justinian selbst zur Anerkennung kommt, zeigt sich sofort an der sehr verwandten L. 42 C. de episcopis etc. (1, 3). Justinian findet es daselbst erforderlich, daß die Bischöfe ein gottgeweihtes, das Geld verachtendes Leben führen, weshalb nunmehr auch nur solche zu Bischöfen gewählt werden sollen, die weder Kinder noch Nepoten haben. Aus diesen Gründen verordnet nun Justinian in §. 2, daß die Bischöfe nicht mehr die Fähigkeit haben sollen, über das von ihnen nach dem Espiscopatsantritt erworbene Vermögen zu testiren, oder es zu verschenken, oder es in welcher Weise es immer sei zu veräußern. Sondern dasselbe solle zu der Episcopatskirche gehören und von ihr vindicirt werden. Ausgenommen hiervon wird nur das von den Bischöfen vor dem Amtsantritt besessene oder seit demselben von gewissen Verwandten geerbte Vermögen.

War nun dieses Gesetz, gleichfalls wie das vorige, nur auf solche zu erstrecken, die von jetzt ab Bischöfe werden, und resp. auf

1) Vgl. über Unterlassungen.

2) Wol aber hätte Justinian nicht nöthig gehabt, denselben die Vermögensfähigkeit fortdauernd zu lassen; er hätte ihnen also einen Zeitraum stellen können, innerhalb dessen sie gleich solchen, die jetzt erst eintreten wollen, über ihr bisheriges Vermögen verfügen konnten und nach Ablauf dessen ihnen Vermögen wie Vermögensfähigkeit entzogen sein sollte.

das Vermögen, das sie von jetzt ab erwerben würden? Oder war es im Gegensatz zu der Novelle 5, Kap. 5, auch auf solche auszudehnen, die schon vor dem Erlaß desselben Bischöfe geworden waren, und auch auf das Vermögen, das sie schon vor diesem Erlaß erworben hatten? Das Gesetz ist ein zwingendes, denn es läßt keinem Individuum die Freiheit mehr, nach dem Episkopatsantritt noch Vermögen für sich selbst zu erwerben.[1]) Ebendeshalb mußten nach der entwickelten Theorie auch die schon vor dem Gesetz in das Episcopat Eingetretenen und zwar auch in Bezug auf das schon vor dem Gesetz seit ihrem Amtsantritt erworbene Vermögen augenblicklich von dem Gesetze betroffen werden.

Und genau so entscheidet Justinian selbst diese Frage in den Worten des §. 2: „Qui vero episcopi *vel nunc sunt*, *vel futuri sunt*, eos sancimus nullo modo habere facultatem testandi vel donandi vel per aliam quamcunque machinationem alienandi quid de rebus suis quas postquam *facti sunt episcopi*, *obtinuerunt*[2]) vel ex testamentis etc. etc." Und ferner: „Quaecunque vero post ordinationem ex quacunque causa, sicut diximus, praeterquam ex praefatis personis, ad ipsos *pervenerunt*[3]), ea jubemus ad sanctissimam ecclesiam cujus episcopatum *tenebant* pertinere etc. etc."

Schließlich wollen wir endlich noch eines justinianischen Gesetzes über die adscriptitii erwähnen, welches gerade wegen der dialektischen Natur der dabei in Betracht kommenden Verhältnisse und der dadurch in Justinian selbst hervorgerufenen Schwankungen besonders deutlich zeigt, wie unleugbar der römische Gesetzgeber unter der instinctiven Herrschaft des von uns entwickelten speculativen Begriffs stand.

In Bezug auf die Sklaven bestand seit je die Regel: infans ventris statum sequitur, sodaß also ein von einem Sklaven

1) Außer in dem ausgenommenen und von dem Gesetz daher überhaupt nicht betroffenen Falle der Erbschaft in den daselbst bestimmten Verwandtschaftsgraden.

2) Im griechischen Text: „... περιουσίας, ἣν μετὰ τὸ γενέσθαι ἐπίσκοποι ἐκτήσαντο κ. τ. λ."

3) Im griechischen Text: „... πάντα δὲ, ὅσα ... εἰς αὐτοὺς περιῆλθη κ. τ. λ."

und einer Freien erzeugtes Kind dem Stande der Freien angehörte. Anders verhielt sich dies bei dem Colonat. Hier sollte ein von einer freien und einer der adscriptitia conditio angehörigen Person erzeugtes Kind immer der adscriptitia fortuna folgen.

Dies will Justinian ändern und erläßt deshalb folgendes Gesetz [1]: „Si qui adscriptitiae conditionis constituti mulieres liberas quacunque mense aut quacunque machinatione, sive scientibus, sive ignorantibus dominis sibi uxores *conjunxerunt* vel conjunxerint, in sua libertate permanere tam eas *quam prolem quae ex his cognoscitur procreata*, sancimus; illo procul dubio observando, ut, si ex libero marito et adscriptitia uxore partus fuerit editus, is maternae conditionis maculam et non paternam sequatur libertatem." Es sollen also jetzt die von einem solchen Manne und einer freien Frau erzeugten Kinder von der adscriptitia conditio frei sein.

War nun dies Gesetz der Rechtsidee zufolge auch schon auf die geborenen Kinder dieser Kategorie, oder erst auf die zukünftig erzeugten anzuwenden? Zunächst scheint es die Berechtigten nicht durch eine Vermittelung ihrer individuellen Willensaction zu treffen und deshalb auch auf alle schon existirenden Kinder anwendbar zu sein. Denn das Gesetz macht nicht einmal einen Unterschied, ob die Ehe dominis scientibus oder ignorantibus geschlossen sei. Es betrachtet somit die Befreiung von der adscriptitia conditio lediglich als einen Ausfluß der Thatsache, von einer unabhängigen Mutter geboren zu sein. Da sich das Factum dieser Abstammung zunächst als eine von der Willenshandlung der Herren unabhängige natürliche Qualität des Kindes darstellt, so scheint das Gesetz, da es bei seiner sofortigen Anwendung keine Willenshandlung denaturirt, augenblicklich auf alle solche Kinder wirken zu müssen, zumal da es sich auch offenbar in ein Prohibitivgesetz aufzulösen scheint, des Inhalts: Kinder dieser Abstammung können nicht hörig sein.

Und dies ist auch die erste Ansicht Justinian's. Die Worte

---

1) L. ult. C. de agricol. etc. (11, 47).

„si qui . . . sibi uxores *conjunxerunt* vel conjunxerint, in sua libertate permanere tam eas quam prolem quae ex his *cognoscitur procreata*" können nach ihrer grammatikalischen Bestimmtheit auch nicht den geringsten Zweifel darüber lassen, daß das Gesetz auch die schon aus den bestehenden Ehen dieser Art bereits geborenen Kinder treffen sollte.

Aber es trat bei diesem Gesetz ein eigenthümlicher Umstand hervor, der nochmals auf dasselbe zurückzukommen nöthigte.

Durch die natürliche Dialektik des Lebensalters werden aus Kindern Jünglinge, Männer, Greise; und dennoch bleiben sie immer die Kinder ihrer Aeltern. War dies Gesetz also auch auf die gegenwärtigen Männer und Greise anzuwenden, die einen hörigen Vater und eine nichthörige Mutter gehabt hatten? Diese Frage war es, welche Justinian zwang, nochmals in der Novelle 54 auf dies Gesetz zurückzukommen. Er berichtet uns darin im Eingang: In eine seiner Constitutionen, die doch gar nichts Dunkles habe, hätten Einige absichtlich eine Dunkelheit hineingebracht, denn: „Quidam autem adeo stulte vel dolose legem interpretari ausi sunt, ut, etsi quidam ante constitutionem *nati* fuerint, *et licet admodum senes sint*, eos liberari putent *tanquam modo natos et qui non longe legem praecesserint* etc.", worauf er denn erklärt, es sei sein Wille gewesen, es sollen die Kinder befreit sein, wenn zwar auch die Ehen, denen sie entstammen, schon vor dem Gesetz geschlossen worden, aber immer nur dann, wenn die Geburt der Kinder nach demselben erfolgt sei.

Das Interessante, das wir aus diesem Bericht erfahren, ist erstens, daß es damals wirklich römische Juristen gab, welche glaubten, es müsse jene durchgreifende Anwendung von dem Gesetz gemacht und selbst Männer oder Greise dieser Abstammung als durch dasselbe aus dem Colonatsverhältniß befreit angesehen werden. Ferner ersehen wir daraus nicht undeutlich, daß Justinian selbst gegen die Anwendung des Gesetzes auf erst kurz vor demselben geborene Kinder (die modo nati) kaum viel einzuwenden gehabt haben würde. Nur die Anwendung des Gesetzes auf schon Erwachsene — licet admodum senes sint — widerstrebte ihm besonders. Die Schwierigkeit der Abgrenzung trieb aber von selbst zu einer principiellen Lösung. Und diese gibt

Justinian jetzt dahin, daß nur die Ehe, nicht auch schon die Geburt der Kinder, vor dem Gesetz erfolgt sein dürfe.

Ist diese Entscheidung eine richtige? Sie ist es, wie in dem Folgenden nachgewiesen werden wird. Dabei fällt es uns natürlich keineswegs ein, zu behaupten, daß die complicirten Gründe dieser verwickelten Frage dem Bewußtsein Justinian's in der von uns aufzuzeigenden Gestalt gegenwärtig gewesen wären. Ihn bestimmte wahrscheinlich besonders der durch jene andere Auslegung den Berechtigten entstehende, nicht wohl übersehbare Vermögensschaden, und in dieser Rücksicht selbst waren eben instinctiv die Momente thätig, deren für das Rechtsgefühl vorhandene Unmittelbarkeit die begriffliche Betrachtung nur in wahre Sichselbstdurchsichtigkeit erhebt.

Das Colonat gehört zu den Verhältnissen des Familienrechts, von denen es eine künstliche Erweiterung bildet. [1])

Es trifft somit zu, daß die Qualität der Hörigkeit jener Kinder in Bezug auf die domini, weil durch das Familienrecht vermittelt (s. oben §. 2, A.), ein erworbenes, nicht lege sola verliehenes Recht derselben bildet. Das Verhältniß zwischen den durch Geburt entstandenen Kindern und den domini ist also nach beiden Seiten hin so anzusehen, als wenn es zwischen ihnen durch individuelle Willensaction entstanden wäre.

Allein dies würde zur Rechtfertigung der Entscheidung Justinian's nur dann hinreichen, wenn das fragliche Gesetz nicht ein prohibitives wäre, wie wir in §. 7 und soeben noch an den Gesetzen gesehen haben, welche verfügten, daß väterliche Gewalt an Söhnen von bestimmter Beschaffenheit (Consuln u. s. w.) nicht mehr solle sein können.

Nun ist das Gesetz freilich kein prohibitives in jener weitesten Ausdehnung, daß es Recht auf Hörigkeit von Menschen überhaupt aufhebt und aus der individuellen Eigenthumssphäre hinauswirft.

Vielmehr kann adscriptitia conditio nach wie vor bestehen und von den dominis an den Kindern der Hörigen erworben werden.

---

1) Savigny, System, I, 360 fg.; Böcking, Einleitung in die Pandekten u. s. w., I, 222.

Allein, kann man sagen, wenn das Gesetz auch nicht aufhebt, daß das Recht auf Hörigkeit überhaupt noch erworben werden kann, so hebt es doch auf, daß es an so und so qualificirten Kindern erworben werden kann, an Kindern, die von einer freien Mutter abstammen. In Hinsicht auf Kinder dieser Abstammung ist also Prohibition da, und zwar ein Prohibitivgesetz erster Klasse (s. S. 252 fg.), da es erklärt, daß Hörigkeit an solchen Kindern überhaupt nicht mehr solle erworben werden können. Und folglich hätte das Gesetz auch auf alle schon entstandene Hörigkeitsverhältnisse solcher Kinder angewendet werden müssen.

Sicherlich, wer das in Rede stehende Gesetz allein betrachtet, wird dieser Ansicht sein müssen. Allein sie beseitigt sich von selbst, wenn man die Rechtsverhältnisse des Colonats überhaupt ins Auge faßt.

Diese Kritik wäre dann ganz zutreffend, wenn das Colonatsverhältniß nur durch Geburt (originarii) hätte entstehen können. Dann konnte von nun ab Hörigkeit von Geborenen dieser bestimmten Art gar nicht mehr erworben werden, war somit aus der individuellen Willensherrschaft oder der Eigenthumssphäre herausgefallen, und mußte ebendeshalb, wie in §. 7 gezeigt ist, auf die schon geborenen Kinder dieser Art einwirken.

Allein das Colonatsverhältniß konnte nicht blos durch Geburt, es konnte auch durch Verjährung und infolge eines Gesetzes Valentinian's III. auch durch Vertrag mit ganz Freien entstehen. [1])

Hieran ward nichts geändert. Es war also auch fernerhin durchaus nicht prohibirt, daß ein von einer freien Mutter, ja nach beiden Seiten von freien Aeltern Abstammender in Hörigkeit treten können solle. Dies konnte durch individuelle Willenshandlung noch immer gültig erworben werden. Indem aber um der Natur des Familienrechts willen die schon durch Geburt entstandenen Verhältnisse dieser Art gleichfalls als durch individuelle Willenshandlung begründet angesehen werden

---

1) Siehe in den Abhandlungen der histor.-philolog. Klasse der Akademie der Wissenschaften zu Berlin pro 1822/23 die Abhandlung Savigny's über den römischen Colonat, S. 5 fg.

mußten, konnte also auf sie nicht eingewirkt werden. — Oder mit andern Worten: das Gesetz verhielt sich nur prohibitiv zu einer bestimmten Bedingung, unter welcher Recht auf Hörigkeit erworben werden konnte, nämlich zu der Bedingung jener repräsentativen Willenshandlung, welche für das Kind in dem Factum seiner Erzeugung liegt; es verhielt sich aber nicht prohibitiv zu den andern Bedingungen, dies Recht an Menschen derselben Abstammung zu erwerben: Verjährung, Vertrag. Es war somit nur ein Prohibitivgesetz von der zweiten der auf S. 252 fg. unterschiedenen Klassen, und konnte somit auf die bereits bestehenden Rechtsverhältnisse nicht einwirken.

B.

Wir haben oben S. 73 fg. gegen Savigny gezeigt, daß die durch das natürliche Alter der Großjährigkeit erlangte Handlungsfähigkeit kein erworbenes Recht bildet, und daß daher ein neues Gesetz, welches ein höheres Alter zur Majorennität fordert, die nach dem bisherigen Gesetze bereits durch ihr Alter Großjährigen wieder in Minorität versetzt.

Hier wollen wir nur noch hinzufügen, wie die von Savigny adoptirte Meinung, daß die einmal eingetretene Majorennität durch ein neues Gesetz nicht wieder entzogen werden könne, so sehr in Widerspruch mit seiner eigenen Theorie über den Zustand der Person an sich steht, daß sie deswegen schon von bedeutenden Juristen aufgegeben worden ist. So v. Daniels (Lehrbuch, I, 156) und Hiersemenzel, Ergänzungen zum Allg. Landrecht, I, 47.

Ferner mag darauf aufmerksam gemacht werden, daß unsere Entscheidung dieser Frage in völliger Uebereinstimmung mit der Entscheidung der alten Jurisprudenz steht, daß bei einer örtlichen Collision der Statuten immer nur die Gesetze des gegenwärtigen, nicht des frühern Domicils über die Großjährigkeit entscheiden.[1]) So Voët (Comm. in Pandect tit. de minoribus, No. 10; vgl. das. tit. de judiciis, No. 101), Rodenburg (de jure

---

1) Vgl. oben §. 13.

quod or iturex statutorum diversitate, pars II, tit. II), Burgundus (Professor der Rechte zu Ingoldstadt, in seinen Tractatus ad consuetudines Flandriae, tract. II, No. 7 etc.), Lauterbach (in seiner Dissertation de domicilio, disp. 70, No. 69)[1] u. s. w.

Endlich steht damit die constante Jurisprudenz des französischen Cassationshofes in Einklang.

---

1) ... Si quis 21 annis major ex foro Saxonico transtulisset domicilium in forum Würtembergicum (wo man nämlich erst mit 25 Jahren großjährig wurde), quamvis ibi major fuerit (in foro enim Saxonico majores dicuntur qui vigesimum primum aetatis annum impleverunt) et omnium majorum jura habuerit, hic tamen esset minor, et juribus minorum uti teneretur, ita ut sine curatoris consensu sese contrahendo obligare non posset.

II. Jura in re.

A. Pachtrecht.

Eine das Mieth- und Pachtrecht betreffende Frage hat zu einer sehr lebhaften Controverse Veranlassung gegeben.

Unter dem Römischen Recht, welches außer dem Eigenthum nur eine sehr kleine Zahl dinglicher Rechte kennt, stellt das Mieth- und Pachtrecht bekanntlich ein blos persönliches Recht des Miethers dar. — Umgekehrt geht unter dem Allg. Landrecht jedes an sich selbst blos persönliche Recht des Gebrauchs in ein dingliches über, wenn dem Nutzungsberechtigten der Besitz der Sache eingeräumt ist. Es ist also hier das Recht der in Besitz getretenen Pächter und Miether ein dingliches Recht.

Dies gab zu der Frage Veranlassung, ob, wenn während eines unter Römischem Recht eingetretenen Pachtverhältnisses das Landrecht eingeführt wird, hierdurch das Recht der in Besitz befindlichen Pächter zu einem dinglichen wird. Mit andern Worten: ob die L. 9 C. de locat. et cond. (4, 65) oder die Regel: Kauf bricht Miethe, fortfährt die bereits bestehenden Pachtverhältnisse zu regieren.

Savigny (VIII, 424 fg. und 441 fg.) entscheidet diese Frage bejahend, und zwar aus dem Grunde, weil „die Frage wegen des dinglichen Rechts der Miether lediglich zu der Gattung von Rechtsregeln gehört, welche sich auf den Erwerb der Rechte beziehen, also in dasjenige Gebiet, worin der die rückwirkende

Kraft der Gesetze ausschließende Grundsatz anwendbar ist". Allein die Unhaltbarkeit dieses Grundes ist einleuchtend. Sehr richtig wendet bereits Bornemann (a. a. O., S. 34) ein, daß nach Savigny's eigener Theorie die Frage, ob das Miethsverhältniß ein persönliches oder ein dingliches Recht sein solle, und folgeweise ob die Regel: Kauf bricht Miethe, gelten solle oder nicht, zu den Gesetzen gehöre, welche sich nicht auf den Erwerb der Rechte, sondern auf die Beschaffenheit des erworbenen Rechts beziehen, somit zu den Gesetzen über das Dasein der Rechte, die gerade nach Savigny's Theorie rückwirken müssen.

Es tritt hier nur von neuem die schwankende und ineinander übergehende Natur dieser Verstandesabstractionen zu Tage, die wir bereits früher (vgl. oben S. 380 fg.) aufgezeigt haben. Stellt man sich auf den Standpunkt des Pachters bei Abschließung des Pachtcontracts, so gehört für ihn die Frage, ob er ein persönliches oder dingliches Recht, ein im gewissen Falle widerrufliches oder ein für die Contractsdauer unwiderrufliches Benutzungsrecht der Sache erwerben wird, ganz unbedingt zu dem Erwerb der Rechte, die er durch den Pachtvertrag erlangt.

Stellt man sich umgekehrt auf den Standpunkt des Gesetzgebungssystems, so ist es ebenso unbedingt richtig, daß die Eintheilung der Rechte in persönliche und dingliche und die organisatorische Bestimmung, welche Rechte die Natur der persönlichen und welche diejenigen der dinglichen Rechte haben sollen, durchaus zu den Gesetzen über das Dasein der Rechte gehört.

Man sieht also, wie diese, weil sie den Begriff nicht in sich enthalten, nur scheinbaren und den Verstand, der sie seiner Natur nach nicht bemeistern kann, sich einander wie einen Ball in die Arme werfenden Kategorien unfähig sind, das Princip der Entscheidung zu enthalten, und wie im vorliegenden Fall die Frage gerade nach Savigny's eigener Theorie weit mehr dahin entschieden werden müßte, daß infolge des Gesetzwechsels die Dinglichkeit des Pachtrechts eintritt und folgeweise die Regel: Kauf bricht Miethe, ihre Geltung für die bestehenden Pachtverhältnisse verliert.

In der That ist Bornemann dieser Ansicht. Weil er aber, da er Savigny's Theorie im allgemeinen verwirft, diese Ansicht nicht dadurch für gerechtfertigt halten kann, daß das Gesetz ein über das Dasein der Rechte handelndes ist, begründet er sie

(a. a. O., S. 32—35), übereinstimmend mit Göschel[1]), folgendermaßen: Der Grundsatz, Kauf bricht Miethe, gebe nicht dem Vermiether, sondern nur dem Käufer das Recht, den Miether aus dem Besitze zu setzen; und zwar nicht auf Grund des Miethvertrags, der bei dem Mangel einer ausdrücklichen Bestimmung vielmehr dem Miether zur Seite stehe, sondern weil der Miether nach dem bestehenden Gesetze ein blos persönliches, den Käufer nicht bindendes Recht habe. Die gegenseitigen vertragsmäßigen Rechte von Miether und Vermiether würden daher durch diesen Grundsatz gar nicht berührt, sondern lediglich das Verhältniß des Miethers zu dritten Personen würde geändert. Diese dritten Personen — die Käufer — fänden also, wenn der Kauf erst nach dem Gesetzwechsel eintritt, gar kein Recht vor, das sie erwerben könnten. Und wenn selbst der Kauf vor dem Gesetzwechsel eingetreten, so hätten sie, falls sie nicht auch vor demselben schon ihre Ansprüche auf Räumung gerichtlich oder außergerichtlich geltend gemacht hätten, durch den Gesetzwechsel nur eine abstracte gesetzliche Befugniß[2]), nicht ein erworbenes Recht verloren.

Auf diese Argumentation ist zunächst zu bemerken, daß sie die eigentlich hier obwaltende Frage zu umgehen sucht. Denn läßt man selbst die Richtigkeit dieser Begründung einen Augenblick dahingestellt, so paßt dieselbe doch schon gar nicht mehr auf den umgekehrten Fall, wenn nämlich auf das Landrecht das Römische Recht, also auf die Dinglichkeit des Pachtrechts die Persönlichkeit desselben folgt. Wird hier Bornemann leugnen wollen, daß die Dinglichkeit des Rechts, also die Regel: Kauf solle Miethe nicht brechen, wenn auch der Pachtcontract sie nicht

1) In Simon und Strampff's Zeitschrift, II, 25. — Mit Savigny stimmt überein: Holzschuher, Theorie, I, 37.

2) Letzteres ist — abgesehen noch von der nachfolgenden Widerlegung der gesammten Argumentation — eine ganz besonders merkwürdige Meinung. Man sollte doch glauben, daß durch einen Kaufcontract die Rechte, welche Contract oder bestehendes Gesetz an diese Handlung des Kaufens knüpft, erworben und also zu erworbenen Rechten werden! Ist dies unleugbar, so zeigt sich schon dadurch hinreichend die Unrichtigkeit von B.'s Ansicht; denn sie könnte dann nur gelten, wenn auch schon der Kauf nach, nicht vor dem Gesetzwechsel erfolgt wäre. Genau diese letztere Ansicht wurde übrigens aufgestellt von dem A. H. von Dijon durch Urth. v. 29. Prairial XIII.

ausdrücklich enthält, das erworbene, ergriffene Recht des Pachters bildet?

Unmöglich wird man bestreiten können, daß hier die Dinglichkeit des eingeräumten Rechts ein „zwischen dem Vermiether und Miether begründetes Rechtsverhältniß" ist, daß hier die Unmöglichkeit, einem Käufer das Recht zu übertragen, den Miether außer Besitz zu setzen, zu dem vom Vermiether dem Miether gegenüber eingegangenen Rechtsverhältniß gehört. Folglich würde wol auch Bornemann in diesem Falle, den er sich zu setzen vermeidet, dahin entscheiden müssen, daß dem Miether die Dinglichkeit seines Rechts und also der Schutz der Regel: Kauf bricht Miethe nicht, für die Contractsdauer verbleibt. Dann aber würde es bei der innern begrifflichen Identität jener beiden Fälle schon in hohem Grade auffällig und unbegreiflich sein, warum bei dem in der einen Richtung hin stattfindenden Gesetzwechsel das persönliche Recht des Pachters zu einem dinglichen werden und bei dem in entgegengesetzter Richtung stattfindenden Gesetzwechsel das dingliche Recht des Pachters nicht zu einem persönlichen werden soll.

Es ist inzwischen die Unrichtigkeit von Bornemann's und Göschel's Begründung auch leicht nachzuweisen.

Es ist richtig, daß der Grundsatz: Kauf bricht Miethe, nicht dem Vermiether, sondern nur dem Käufer das Recht gibt, den Pachter aus dem Besitz zu setzen. Aber es ist sehr falsch, hieraus zu folgern, daß er dem Vermiether deshalb gar kein Recht gibt. Er gibt ihm nämlich gerade das Recht, den Käufer mit diesem Rechte auszurüsten. Er reservirt ihm das Recht, dem Käufer unmittelbar das directe Nutzungsrecht mit dem Eigenthum zugleich einzuräumen, wenn er auch für sich selbst der directen Form dieses Nutzungsrechts für bestimmte Zeit entsagt hat. Dies bestimmte vom Vermiether sich vorbehaltene Recht ist durchaus ein ihn selbst berührendes Recht, wie es auch realiter beim Verkauf einen großen Einfluß auf den Kaufpreis auszuüben vermag, ob der Verkäufer im Stande ist, den Käufer in den sofortigen Besitz der Sache zu setzen, und andererseits ebenso bedeutend bei der Bestimmung des Pachtpreises einwirkt, ob die Pacht zu jeder Zeit durch ein zufälliges Ereigniß gebrochen werden kann oder nicht. Es trifft sich hier, wie

immer, daß das theoretisch Falsche auch den praktischen Hergang des gemeinen Lebens verfehlt.

Steht aber einmal fest, daß dies Recht ein zwischen dem Vermiether und Miether bestehendes Rechtsverhältniß ist, so fallen alle Folgerungen Bornemann's von selbst fort. Die dritte Person, der Käufer, wird dann mit dieser Befugniß nicht blos vom Gesetze befaßt, sondern erwirbt sie vom Verkäufer als dessen beim Pachtcontract vorbehaltenes Recht, erwirbt sie somit ebenso sehr nach wie vor dem Fortfalle des dem Käufer diese Befugniß zusprechenden Gesetzes. Ob der Vermiether dies Recht sich ausdrücklich oder stillschweigend im Contracte vorbehielt, ist ganz von derselben Wirkung nach der feststehenden Rechtstheorie, daß bei Verträgen die zur Zeit des Contracts bestehenden gesetzlichen Bestimmungen über die keiner ausdrücklichen Festsetzung unterworfenen Punkte als die Willensverabredungen der Parteien gelten, und nach der von jeder Gesetzgebung anerkannten römischen Regel: eadem vis inest tacitis et expressis. Im vorliegenden Falle dieselbe etwa leugnen zu wollen, wäre ganz besonders unglücklich. Denn unmöglich wird man annehmen können, daß bei einer Verpachtung Eigenthümer und Pachter über die vorliegende Frage gar keinen Willen gehabt hätten. Ueberdies ist dies Recht dem Vermiether schon dadurch allein vorbehalten, daß es nicht abgetreten ist.

Der Pachter kann doch keine andern Rechte auf die Sache haben, als diejenigen, welche er von dem Eigenthümer entweder ausdrücklich oder stillschweigend erworben hat. Nun hat sich bei dem Schweigen des Vertrags und der gesetzlichen Regel, daß Kauf Miethe breche, der Vermiether jenes Rechts weder ausdrücklich noch stillschweigend begeben: es ist also dies Recht hierdurch allein ein von ihm vorbehaltener Ausfluß seines Eigenthumsrechts.

Die Bornemann'sche Beweisführung trifft also ebenso wenig zu, wie die Savigny's.

Zu demselben Resultat, wie Bornemann, gelangt Weber [1]) aus seinem ganz unhaltbaren und bereits lange verworfenen all-

---

1) a. a. O., S. 117—121.

gemeinen Grunde, daß der Miethvertrag nicht an sich ungültig sei, sondern nur durch die Klage des Käufers entkräftet werde.

Fragt man nun nach dem wirklichen Sachverhalt, so ist derselbe ein überaus einfacher und leichter, zu dessen Nachweis weniger Athem erforderlich ist, als zur Widerlegung der kritisirten schiefen Gründe.

Ein Gesetz, welches die Regel aufhebt: Kauf bricht Miethe (oder umgekehrt sie einführt), würde durch seine Anwendung auf die bestehenden Pachtverhältnisse die Berechtigten durch Vermittelung einer individuellen Willenshandlung derselben — den Pachtvertrag — treffen. Es würde also allerdings, und zwar in beiden Fällen, dort beim Vermiether, hier beim Miether eine individuelle Willenshandlung denaturiren und somit erworbene Rechte kränken. Erworbene Rechte weichen nur prohibitiven Gesetzen (§. 7). Die ganze Frage reducirt sich also auf die andere Frage: Ist die Regel: Kauf bricht Miethe (oder: bricht nicht Miethe), ein prohibitives Gesetz, d. h. würde sie auch wo sie Ausfluß der Persönlichkeit oder Dinglichkeit des Pachtrechts ist, die Parteien hindern, in dem Pachtcontract die ausdrückliche Stipulation zu treffen, es solle der Miether durch Veräußerung nicht in die Lage versetzt werden können (oder umgekehrt), räumen zu müssen? Offenbar würden aber die Parteien an einer solchen ausdrücklichen Stipulation auch unter dem neuen Gesetze durchaus nicht gehindert sein. Sie wäre auch da nicht ungültig, wo die Regel: Kauf bricht Miethe, nicht eine vereinzelte Bestimmung, sondern Ausfluß der Persönlichkeit des Rechts und die Befugniß zur Exmission des Pachters daher peremtorische Folge des Eigenthumsrechts ist. Denn niemals ist es prohibirt gewesen, Eigenthum und Nutzungsrecht in der Weise auf bestimmte Zeit zu trennen, daß mit dem Einen nicht auch zugleich das Andere erlangt wird. Zum Beweise, wie die in Rede stehende Regel nur eine vermittelnde, das Abweichen der Privatwillkür freigebende ist, kann der Art. 1743 Code Nap. dienen: „Si le bailleur vend la chose louée, l'acquereur *ne peut* expulser le fermier ou le locataire qui a un bail authentique ou dont la date est certaine, à moins qu'il ne se soit *réservé ce droit par le contrat de bail.*"

Hier wird also die Regel, daß Kauf Miethe nicht breche

als die gesetzliche aufgestellt, zugleich aber ausdrücklich die Befugniß des Privatwillens zu entgegengesetzter Stipulation anerkannt.

Auch kann man diese Bestimmung nicht etwa auf die bekannte Zweifelhaftigkeit der unter den französischen Autoren so streitigen Frage, ob das Pachtrecht nach dem Code civil ein persönliches oder dingliches Recht sei, gründen wollen. Denn den besten Beweis des nicht prohibitiven Charakters der Regel, daß Kauf Miethe bricht, gibt die römische Lex emtori selbst [1]): „Emtori quidem fundi necesse non est, stare colonam cui prior dominus locavit, *nisi ea lege emit.*"

Da also diese (und resp. die umgekehrte) Regel auch nach ihrer gesetzlichen Aufhebung immer noch durch ausdrückliche Stipulation der Parteien verabredet werden könnte, so wirkt sie in Bezug auf die bereits bestehenden unter ihrer gesetzlichen Geltung eingegangenen Pachtverhältnisse als die stillschweigende Willensverabredung der Parteien fort.

B. Familienfideicommisse des deutschen Rechts.

Wir haben im theoretischen Theil (S. 217 fg., 219 fg., 351 fg.) bereits hin und wieder die Frage beleuchtet, was bei der Aufhebung der Fideicommisse in Bezug auf die bestehenden fideicommissarischen Güter der Rechtsidee zufolge eintreten müsse. Wir haben die Gesetze des französischen Convents hierüber betrachtet, und was wir bisher darüber gesagt, konnte den Anschein erregen, als wenn wir mit der Entscheidung desselben einverstanden seien, daß die Fideicommisse bei ihrer Aufhebung freies Eigenthum in der Hand ihrer zeitigen Besitzer werden müßten.

Weiter ließ sich daselbst, ohne die Entwickelung der Theorie durch das Eingehen auf Specialinstitute zu verwirren, die Untersuchung nicht führen.

Allein was wir dort gesagt haben, hatte nur die Bedeutung eines Negativen, hatte nur die Bedeutung aufzuzeigen, daß

---

1) L. 9 C. de locat. et cond. (4, 65).

keinesfalls die bereits lebenden Anwärter auch nur des nächsten Grades den Fortbestand der fideicommissarischen Substitution fordern und ihre Abolition als eine Kränkung erworbener Rechte ausgeben könnten.

Die wahrhafte, jetzt erst zu erörternde Frage aber ist die: Müssen und resp. können die Fideicommisse freies Eigenthum in der Hand ihrer gegenwärtigen Besitzer werden? Oder müssen sie nicht vielmehr, wie ein jetzt erst zur Vererbung gelangendes Eigenthum zwischen dem gegenwärtigen Besitzer und den nach Maßgabe des gemeinen Erbrechts des Landes in gleichem Grade erbberechtigten Familiengliedern des Fideicommißstifters aus derselben Linie[1]) zur Theilung kommen?

Das bloße Aufwerfen dieser zweiten Frage kann bereits, weil allen hergebrachten Ueberlieferungen widersprechend, in hohem Grade parador erscheinen! Und doch wird sich zeigen, daß bei sorgfältigerer Untersuchung die unbedingteste Bejahung derselben keinem Zweifel unterliegen kann!

Zunächst wird soviel zu absoluter Gewißheit gebracht werden können, daß die Entscheidung dieser Frage ganz und gar von der Beantwortung der andern Frage abhängt: Ist der Fideicommißbesitzer als ein wahrer, wenn auch beschwerter Eigenthümer des Fideicommisses, oder ist er als bloßer Nutzungseigenthümer desselben und das Eigenthum an der Substanz als bei der gesammten Familiendescendenz des Fideicommißstifters ruhend zu denken?

Ist der Fideicommißbesitzer beschwerter Eigenthümer, so ist nichts klarer, als daß die französischen Gesetze über die Aufhebung der Fideicommisse vollständig rechtmäßig und in der Ordnung sind.

Der Fideicommißbesitzer war dann schon vor dem Gesetz beschränkter Eigenthümer der Substanz und wird nun, indem diese Beschränkungen durch ein prohibitives Gesetz untergehen, nothwendig und von selbst unbeschränkter Eigenthümer. Nichts kann einfacher und weniger zu beanstanden sein.

Nichts aber kann auch klarer sein, als daß derselbe praktische Hergang dann unmöglich ist, wenn das bisherige Subject und der wahre Eigenthümer der Fideicommißsubstanz vielmehr die ge-

1) Ueber diese Einschränkung „aus derselben Linie" siehe am Ende dieser Ausführung über die heredes regredientes.

sammte Familiendescendenz des Stifters war, deren deshalb nicht auf den letzten Besitzer, sondern stets auf den ursprünglichen Stifter zurückgehendes Successionsrecht nur lebendig werden und ausgeübt werden sollte in der vom Stifter vorgeschriebenen Successionsordnung und eben wegen dieses der gesammten Familiendescendenz in perpetuum übertragenen Eigenthums jeder an der Reihe befindliche zeitige Ausüber desselben nur mit dem Eigenthum an den Nutzungen befaßt sein sollte.

Denn dann würde vielmehr und zwar gerade nach demselben, den französischen Gesetzen innerlich zu Grunde liegenden Principe, daß das fideicommissarische Eigenthum durch Aufhebung der fideicommissarischen Einschränkung freies Eigenthum in der Hand seines gegenwärtigen Eigenthümers werde, durchaus erforderlich sein, daß dasselbe jetzt zum freien Eigenthum der Familie — als des wahren und durch die fideicommissarische Successionsordnung gebundenen Eigenthümers — werde. Oder auch — und dies ist nur eine verschiedene, den Rechtsgrund schärfer betonende Ausdrucksweise —: zum freien Eigenthum der perpetuellen Familie, der schon ursprünglich vom Stifter das Eigenthum an der Substanz übertragen worden ist, vertreten durch alle gegenwärtigen Rechtssubjecte dieses perpetuirlichen Familienbegriffs, die sich in gleicher erbrechtlicher Nähe, wie der Besitzer, zum Stifter befinden. —

Durch die Aufhebung von Fideicommissen geht gerade eben dies zu Grunde, daß der perpetuellen Familiendescendenz auch in ihren zukünftigen Generationen Eigenthum übertragen werden kann. Indem die Prohibition nicht weiter geführt werden darf, als der Inhalt des prohibitiven Rechtsbewußtseins reicht (§. 7), sinkt das Eigenthum der perpetuellen Familie, die überhaupt, als noch nicht geboren, auch kein Recht erworben haben kann, zum Eigenthum der actuellen Familie zusammen. Jede andere Anordnung der Sache heißt, wie wir bald sehen werden, wahrhaft rückwirken, um scheinbare Rückwirkung zu vermeiden! Mit dem Successionsrecht der perpetuellen künftigen Familie fällt dann die vom Stifter nur zu der Erhaltung dieses Rechts vorgeschriebene Successionsordnung von selbst fort, ja sie hat als bloße Vorschrift über das Einrücken in den Besitz des unveräußerlichen Familien-

eigenthums, also in die Nutzung desselben, mit dem Eigenthum der Substanz überhaupt nichts zu thun. Es ist eine Nutzungsordnung an dem der Familie übertragenen Eigenthum, welche Ordnung durch die Aufhebung des Eigenthumsrechts der künftigen Descendenten, die zugleich von selbst auch die Aufhebung der Trennung von Nutzung und Eigenthum (und zwar ja auch nach dem französischen Gesetz) nothwendig in sich schließt, von selbst verschwindet. Oder das Fideicommiß, bis dahin Eigenthum des Familienbegriffs, wird jetzt Eigenthum der lebendigen und darum rechts- und eigenthumfähigen Realität desselben in den gegenwärtigen Rechtssubjecten.

Mit andern Worten, und um den durchgreifenden Einklang der mit der in §. 7 gegebenen principiellen Auflösung der bei prohibitiven Gesetzen entstehenden Schwierigkeiten aufzuzeigen: Jedes Fideicommißinstrument löst sich in einen Act auf (siehe S. 231 fg.), welcher besagt, daß das Erbrecht und also das Eigenthum an der Substanz (unter Beachtung der zu diesem Zwecke vorgeschriebenen Erbordnung) der perpetuellen Familie und, sobald Uebertragung auf die ungeborenen Generationen durch ein prohibitives Gesetz, das solche Verfügung nicht mehr als eine im Eigenthumsrecht des Stifters liegende Befugniß (s. S. 258 und 259, Note 1) anschaut, unwirksam werden sollte, der derzeitigen actuellen Familie angehören solle.

Nie aber hat ein Fideicommißstifter an einen einzelnen Nachfolger in der Reihe gedacht und denken können, nie ihm auch nur eventuell das freie Eigenthum zuwenden wollen, wie schon das anerkannte unterscheidende Merkmal dieser Stiftungen, als solcher, welche „die Erhaltung der Familie" [1]), oder „des Glanzes der Familie", oder „des Stammes und Namens" zum Zweck haben, hinreichend zeigt. Nie also und durch keine Kunst der factischen oder rechtlichen Interpretation würde man dies

---

1) Siehe z. B. das maßgebende Werk von Philippus Knipschildt (Ulm 1661), welches schon auf dem Titel definirt: „de Fideicommissis familiarium nobilium *sive de bonis quae pro familiarum nobilium conservatione constituuntur*", und daselbst S. 11, Nr. 13: „Germanis dicuntur Stammgüter, so zur Erhaltung eines Fürstlichen Gräflichen Freyherrlichen Adelichen Stammes und Namens verordnet seynd".

als den factischen oder rechtlich-nothwendigen eventuellen Willen des Stifters herausinterpretiren können, und schon darum stellt die Verwandlung der Fideicommisse in freies Eigenthum in der Hand des Besitzers — eine vollkommene Denaturirung einer individuellen Handlung (der Stiftungsurkunde) und somit eine unleugbare Rückwirkung dar (§. 1 und 7).

Von allen Seiten tritt diese Rückwirkung klar hervor. Wenn der actuelle Fideicommißbesitzer nicht Sacheigenthümer ist, so wird bei der Umwandelung des Fideicommisses in freies Eigenthum in seiner Hand nicht sein beschränktes Eigenthum in ein unbeschränktes verwandelt, sondern es wird ihm jetzt erst vom Gesetz das Eigenthum transmittirt. Wie aber vermag das Gesetz ihm dasselbe zu transmittiren? Er wird behandelt, als wenn er schon damals, als durch den Tod des letzten Besitzers sich die fideicommissarische Erbschaft für ihn eröffnete, das Sacheigenthum von letzterm ererbt hätte. Allein das jetzige Gesetz kann wiederum nicht, ohne rückzuwirken, früher vollbrachte Thatsachen abändern und bewirken, daß er damals ein Eigenthum der Substanz geerbt habe, während er zu jener Zeit doch nur in die Nutzungsordnung einrückte. Ja, das Gesetz kann ihn überhaupt nicht so ansehen, als habe er vom letzten Besitzer irgendetwas geerbt. Denn es ist der unterscheidende und einstimmig anerkannte Charakter des Instituts, daß niemals vom letzten Besitzer, sondern stets nur vom Stifter — ex pacto et providentia majorum — geerbt wird. Das Gesetz muß ihn also behandeln als Einen, der jetzt erst vom Fideicommißstifter das freie Eigenthum erbt, indem nun die bisherige ihn beschränkende Successionsordnung durch die Exclusion des Gesetzes abolirt ist. Aber wenn das Gesetz die Abolition dieser Successionsordnung ausspricht, wodurch sich eben dem Besitzer das Erbrecht an dem freien Eigenthum eröffnet, wie kann das Gesetz in demselben Athem auf Grund derselben von ihm abolirten Successionsordnung das Erbrecht der andern, in gleichem Grade erbberechtigten Descendenten des Stifters ausschließen und so das Eigenthumsrecht derselben und die Erbansprüche, die es selbst eröffnet, verletzen?

Aber das Gesetz verletzt nicht nur die von ihm selbst er-

öffneten Eigenthumsrechte, es verletzt ebenso rückwirkend die schon früher erworbenen Rechte der Familie. Und es ist auch klar, daß es nicht umhinkann, diese zu verletzen, um dem zeitigen Besitzer ein Eigenthumsrecht zu übertragen, welches bisher bei der Familie beruhte. Auch das Verhältniß der Agnaten läßt dies klar hervortreten. Nichts beruht auf größerer Unklarheit, als die geläufige Redeformel, daß die Anwartschaftsansprüche der Agnaten bloße Erwartungen darstellen, weil sie nur unter gewissen factischen Bedingungen, wie z. B. Tod der Vordermänner, sich verwirklichen. Auch wer durch Vertrag ein conditionelles Recht erworben hat, z. B. durch Erbfolgevertrag, ist für die Verwirklichung desselben von dem Eintritt eines factischen Ereignisses abhängig, und man müßte daher also, was doch niemanden einfallen wird, sagen, daß auch ein Vertrag pendente conditione nur eine Erwartung statt eines unwiderruflich erworbenen Rechtes gewähre. Erwartungen im rechtlichen Sinn sind nur solche Ansprüche, die stets in jure willkürlich revokabel sind, wie z. B. Ansprüche aus einem Testament. Durch das Fideicommißinstrument des verstorbenen Stifters einerseits und die Geburt des berufenen Anwärters andererseits ist aber ein in jure irrevokabler Rechtsnexus entstanden, ein Recht, dessen Abhängigkeit von dem Eintritt bestimmter factischer Ereignisse es zu dem eines bedingten Vertrags, nie zu einer Erwartung macht.

Das Recht der Anwärter ist also ebenso sehr ein jus quaesitum wie das des Besitzers, steht qualitativ mit demselben durchaus auf derselben Linie. Durch die ausschließliche Transmission des Eigenthumsrechts auf den Besitzer wird also auch dies früher erworbene, factisch bedingte Eigenthumsrecht der Agnaten widerrechtlich verletzt.

Zwar wird man vielleicht glauben, sich hiergegen der Ausführungen des §. 7 bedienen und antworten zu können: Auch erworbene Rechte weichen rechtmäßig einem prohibitiven Gesetze, als nur bis dahin erworbene. Allein vergeblich. Denn sie weichen, wie daselbst aufgezeigt worden, nur dann, wenn sie von dem neuen Gesetze als überhaupt außerhalb der individuellen Willensherrschaft und Eigenthumssphäre (extra nostrum patrimonium) liegend erklärt werden (S. 252 fg.). Das den Anwärtern durch die fideicommissarische Successionsordnung ertheilte und durch ihre

Geburt einmal erworbene Recht auf ausschließendes Einrücken in die Nutzung des Fideicommisses nach der Reihenfolge der Primogenitur würde somit nur dann rechtmäßig — und dann allerdings ohne jede Rückwirkung — weichen, wenn das neue Rechtsbewußtsein, das neue Gesetz, dieses durch die Successionsordnung gegebene Primogeniturrecht überhaupt für untergegangen und außerhalb des privatrechtlichen Eigenthums erklären würde (wodurch dann aber auch die durch die Successionsordnung gebundenen Erbansprüche der Agnaten frei würden). Indem das Gesetz aber dieses Primogeniturrecht noch in Bezug auf den Besitzer aufrecht erhält und es also noch ein rechtliches Eigenthumsobject sein läßt, wird die Aufhebung desselben in Bezug auf die lebenden Anwärter zu einer besondern rückwirkenden Entreißung ihrer Rechte. —

Hieran liegt es unzweifelhaft, daß im dunkeln Gefühle dessen gerade die Aufhebung der Fideicommisse so vielen ausgezeichneten Rechtsgelehrten, wie Savigny, Merlin u. a. (s. S. 217 fg., 219 fg.), ganz besondere Schwierigkeiten und Bedenken verursacht hat. Es läßt sich auch nicht leugnen, daß das französische Gesetz hierin sich einer vollständigen Rückwirkung schuldig gemacht hat, und zwar gerade nur deshalb, weil es wegen mangelnder theoretischer Bewältigung der Sache die Abolition nicht **weit genug** geführt hat! Wird dieselbe so weit geführt, wie es die Rechtsidee erfordert, so kann dann von Rückwirkung und Kränkung erworbener Rechte nicht die Rede sein, wie die Ausführungen des §. 7 auf das unwiderleglichste erweisen, und gerade dann kommen auch die bestehenden Rechte der Familienglieder dem Begriffe nach ebenso sehr zu ihrer rechtlichen Erfüllung, wie diejenigen der Besitzer.

Wie ein Gesetz gerade dadurch rückwirkend werden kann, daß es nicht hinreichend weit geht in der Ausführung des neuen Rechtsbewußtseins — dieses merkwürdige und unleugbare Resultat läßt sich an unserer Materie noch weiter verfolgen.

Nehmen wir an, ein Gesetz wollte infolge des eben Erörterten, die Fideicommisse in der Weise aufheben, daß sie zwischen dem Besitzer und den Agnaten des gleichen Grades zur erbschaftlichen Theilung gelangen sollten, mit Ausschluß aber der weiblichen Erbinnen gleicher Nähe, weil diesen, als durch das Fideicommiß-

instrument ausgeschlossen, bisher kein Recht aus demselben zustand. Diese Ausschließung von dem Antheil an dem zur freien Vererbung gelangenden Fideicommiß würde sich nicht gründen auf das gemeine Erbrecht des Landes; denn dieses würde die weiblichen Glieder vielmehr in gleicher Weise zur Erbschaft zulassen. Diese Ausschließung würde sich also nur gründen können auf die fideicommissarische Successionsordnung. Das Gesetz würde dieselbe also, indem es die Töchter auf Grund derselben ausschließt, noch als fortwirkend behandeln. Wenn aber das Gesetz selbst die Ausschließungen der fideicommissarischen Successionsordnung noch als rechtlich fortwirkend anerkennt, so würde die Aufhebung derselben in Bezug auf die Agnaten, welche ja gleichfalls durch diese Ordnung zu Gunsten des Aeltesten des Mannesstammes, des gegenwärtigen Besitzers, ausgeschlossen sind, wieder eine widerrechtliche rückwirkende Behandlung der gegenwärtigen Besitzer zu Gunsten der Agnaten constituiren. Das Gesetz kann also, wie wir schon oben auf anderm Wege aus dem Begriff entwickelt haben und sich von allen Seiten übereinstimmend zeigt, bei der Aufhebung der Fideicommisse nur so zu Werke gehen, daß es den Fideicommißstifter als im Augenblick des Gesetzes gestorben und seine Erbschaft als sich nach dem gemeinen Intestatrecht des Landes erledigend behandelt.

Nur bei dieser aus der reinen Rechtsidee adäquat hervorfließenden Behandlungsweise, welche die fideicommissarische Substitution, weil diese Befugniß prohibirt ist, auch nicht mehr als fortwirkend anschauen kann und deshalb, da dieselbe jetzt ungültig geworden, wie beim ungültigen Testament das Intestatrecht eintreten lassen muß [1]), — nur bei diesem durch die strenge Operation des Begriffs geforderten Resultat wird jede Rückwirkung vermieden. —

Es kann dennoch vielleicht wunder nehmen, wie so das Erb-

---

1) Man vgl. hiermit den ganz entsprechenden Grundsatz des Römischen Rechts, daß, wenn der Testator dadurch ab intestato gestorben ist, daß die Testamentserben durch factische Beseitigung (Tod, Repudiation) fortgefallen sind, für die nun eintretende Intestatfolge nicht die Zeit des Todes des Testators, sondern die Zeit maßgebend sei, wo das Intestatrecht eingetreten (quo certum fuit, *intestatum* obiisse); siehe hierüber unten sub VI.

recht der Weiber, obwol sie durch die Fideicommißinstrumente ausgeschlossen sind, das nothwendige Resultat der Rechtsidee selbst sein kann, und obgleich diese Verwunderuug des Verstandes keinen Einwurf von Belang gegen das bilden kann, was einmal durch die Consequenz des Begriffs nachgewiesen ist, so wird es deshalb doch nützlich sein, auch für den juristischen Verstand diesem Resultate seine scheinbare Fremdartigkeit und seinen überraschenden Charakter zu benehmen. Hierzu dient aber zunächst schon die Betrachtung, daß die Weiber, obwol von der Succession in die Fideicommisse ausgeschlossen, dennoch aus denselben Abfindung, Ausstattung u. s. w. zu fordern, also immerhin Rechte an denselben haben. Dies aber ist wieder nur die Aeußerung eines viel weiter gehenden Rechtsverhältnisses, welches schon zu Zeiten des Deutschen Reichs einstimmig und unbestritten von der Jurisprudenz anerkannt war, und welches nur hervorgehoben zu werden braucht, um jenem Resultat sofort alle Fremdartigkeit zu entziehen. Es ist nämlich bei den Fideicommissen stets zu unterscheiden die Successionsordnung von dem Successionsrecht. Nur durch die Successionsordnung ist die weibliche Linie von der Nachfolge in das Fideicommiß zu Gunsten des Mannesstammes ausgeschlossen, das Erbrecht derselben ist aber stets durch die Fideicommisse aufbewahrt. Hierauf beruht die, seitdem es Fideicommisse gibt, in Deutschland constante Lehre der alten Doctoren, daß die weibliche Linie, wenn sie auch durch das Fideicommißinstrument ausgeschlossen, selbst wenn sie verzichtet und den Verzicht unter dem Eide geleistet hat, dennoch beim Aussterben des Mannesstammes in das Fideicommiß, welches nun seine fideicommissarische Eigenschaft verliert und freies Vermögen wird, succedirt, weil ihr durch die fideicommissarische Successionsordnung eventuell und latent erhaltenes Erbrecht jetzt wieder zum Vorschein kommt. S. z. B. Knipschildt, Kap. 8, Nr. 265—286, und die andern am Ende dieser Ausführung, wo wir auf diesen Punkt ohnehin zurückkehren müssen, anzuführenden Autoren. Ist somit das Erbrecht der weiblichen Linie durch das Fideicommiß latent erhalten, so kann es bei der Aufhebung der Fideicommisse, durch welche Maßregel es für immer fortfallen würde, ohne Rechtsverletzung nur dadurch aufgehoben werden, daß es frei wird und zur Wirklichkeit gelangt.

Von jeder Seite stellt sich diese rechtliche Nothwendigkeit jetzt klar heraus. Da das Erbrecht der weiblichen Linie nur durch die Successionsordnung zu Gunsten der männlichen Primogenitur gebunden ist, so wird es durch die Aufhebung der prohibirten Successionsordnung jetzt von selbst frei. Und dies Erbrecht der Weiber war nur deshalb gebunden worden, um den Glanz des Namens durch ungetheilte Vererbung auf Ein männliches Haupt zu erhalten. Es tritt also die alte Rechtsregel ein: cessante causa cessat effectus. Da dies jetzt doch nicht mehr möglich, da jetzt die Primogeniturbeschränkung, zu Gunsten deren jene Bindung vorgenommen worden war, fortfällt, so fällt mit ihr auch dies Gebundensein von selbst fort, und mit Recht berufen sich die Doctoren, wie wir später sehen werden, auf diesen Rechtssatz sowol für das zum Vorschein kommende Erbrecht der weiblichen Linie beim Aussterben der männlichen, als für die dann eintretende Befreiung des Vermögens vom fideicommissarischen Bande. — Da jetzt jedenfalls die Töchter des gegenwärtigen Fideicommißbesitzers ihr Erbtheil an dem Fideicommiß erhalten würden, also nicht nur die Primogenitur, sondern auch die agnatische Beschränkung auf den Mannesstamm durch Abschaffung des Fideicommißbandes zu Grunde gegangen ist, so läßt sich nicht absehen, warum die dem Fideicommißstifter im Grade noch nähere weibliche Descendentin, die mit dem gegenwärtigen Besitzer auf derselben Linie steht, auch nach dem Willen des Stifters ausgeschlossen sein solle. Es treffen vielmehr auch hier alle die Argumente zu, welche die Doctoren geltend machen, daß eine stärkere Liebe des Fideicommißstifters zu den Verwandten als zu den Fremden, und eine stärkere zu den nähern als zu den entferntern Verwandten präsumirt werden müsse.

Wir haben bereits im Anfange vorausgeschickt, daß diese Folgerungen des Begriffs, von so zwingender Consequenz sie auch sind, überhaupt nur dann eintreten, wenn man das Fideicommiß seiner Substanz nach als im Eigenthum der Familie ruhend auffaßt; nicht, wenn man den Besitzer als wahren und nur beschwerten Eigenthümer denkt.

Welche von diesen beiden Auffassungen bei den Familienfideicommissen des deutschen Rechts die richtige sei, darüber existirt allerdings unter den juristischen Schriftstellern eine lebhafte Con-

troverse, und gerade in neuerer Zeit haben sich manche Autoren für die letztere Ansicht erklärt. [1])

Aber die unbedingte Verwerflichkeit derselben kann keinen Augenblick zweifelhaft sein. Schon das bisher Gesagte muß klar herausgestellt haben, wie nur die Auffassung dieses Instituts als Familieneigenthum dem Begriffe desselben wahrhaft entspricht. Der Besitzer des römischen Familienfideicommisses freilich ist in der That beschränkter Eigenthümer, und nur der verwirrende Einfluß des römischen Fideicommisses, mit welchem das deutsch-rechtliche nichts in seinem Wesen gemein hat, ist durch die unbewußte Einwirkung der römischen Rechtskategorien auch auf solche, die laut gegen diese ungehörige Vermengung protestiren, die Quelle dieser völlig falschen Auffassung gewesen. [2])

---

1) Und freilich ist dies bei denen nicht verwunderlich, die, wie Dunker, „Das Gesammteigenthum" (Marburg 1843), sich nicht nur gegen das deutsche Gesammteigenthum überhaupt — und in jedem Sinne —, sondern sogar gegen jede Annahme eines getheilten Eigenthums, auch des Ober- und Nutzungseigenthums, im deutschen Recht aussprechen (s. denselben in der Zeitschrift für deutsches Recht, II, 177 fg.). Diese Irrthümer, denen Mittermaier nur zu weit, wenn auch nicht bis in diese letzte Ausschweifung hinein, gefolgt ist (s. dessen Grundsätze des deutschen Privatrechts [7. Aufl., 1847], I, 436), haben ihren letzten Grund nur in jener unhistorischen Geistesrichtung, die nicht zu begreifen, oder, wenn sie es auch unklar in thesi zugesteht, doch in der concreten Entwickelung der einzelnen Institute niemals festzuhalten vermag, daß und inwiefern der römische und der deutsche Eigenthumsbegriff eben in ihrem Begriffe durchaus verschieden seien. So mußte für sie freilich unter der unbewußten, aber bestimmenden Einwirkung des römischen Eigenthumsbegriffs alles Andere weichen. In seiner innersten Tiefe beruht dies eben auch nur wieder auf dem schon S. 70 fg. und Note 1 daselbst gerügten Verkennen des verschiedenen historischen Geistesbegriffs, der in den Rechtsinstituten der verschiedenen Völker thätig ist, woraus sich dann auch die schreiendste Verkennung des juristischen Charakters dieser historischen Institute bei Rechtshistorikern und Juristen ergeben mußte. In Bezug auf das nah verwandte Erbrecht werden wir an dem Zusammenhang des römischen und germanischen Erbrechts im zweiten Bande ein großartiges Beispiel hiervon erblicken. In Bezug aber auf den mittelalterlichen Eigenthumsbegriff als solchen, so ist derselbe bereits S. 261 fg. kurz angedeutet worden und aus der dortigen Bestimmung desselben ergibt sich auch, wie daselbst kurz hervorgehoben, als ein charakteristischer und nothwendiger Ausfluß, die Getheiltheit des deutschen Eigenthums.

2) Wie verwerflich selbst jede bloße Analogie mit dem römischen Fidei-

Es ist hier nicht der Ort, diesen Irrthum in jener ausführlichen und erschöpfenden Weise aufzulösen, welche erforderlich wäre, um die einzelnen Momente seiner Genesis in ihre positive Wahrheit umzubiegen. Aber soviel wie zu seiner kritischen Beseitigung erforderlich und mehr als hinreichend ist, mag in Kürze gesagt werden. Und gerade wenn man bei der Betrachtung des deutschen Familienfideicommisses das römische demselben parallelisirt, tritt fortlaufend an den unterscheidenden Merkmalen beider auf das schlagendste hervor, wie, während das zweite beschwertes Eigenthum des Besitzers sein muß, das erstere sich schlechterdings als ein Gesammtfamilieneigenthum herausstellt.

Die deutschen Familienfideicommisse werden überall, was schon oben urgirt wurde, ausdrücklich als solche Einrichtungen eines für ewige Zeiten unveräußerlichen Vermögens bezeichnet, welche *„pro splendore et conservatione familiae"* getroffen

---

commisse ist, geht, wenn wir die Ausführungen des zweiten Bandes über das römische Erbrecht hier voraussetzen, schon daraus hervor, daß das römische Fideicommiß immer nur ein Legat (Sachverfügung), nie eine *hereditas* im civilrechtlichen Sinne ist. Das deutsche Fideicommiß dagegen, aus dem Recht der nächsten Erben an den Stammgütern erwachsend, ist wahre Erbschaft, wobei wir auf das Wesen des germanischen Erbthums im zweiten Bande verweisen müssen. Was ist nun aber das Fideicommißinstrument seinem Begriffe nach? Legat, wie das römische Fideicommiß, ist es nicht, weil es wahre Erbschaft ist. Testamentarische Erbschaft aber, im römischen Sinne, ist es offenbar noch weniger. Was ist es also? Es ist privatgesetzgeberische Festsetzung einer Intestatordnung für eine bestimmte Familie. Dies bestätigt sich auch durch den eben erwähnten historischen Umstand, daß diese Institute sich bekanntlich aus dem alten Intestaterbrecht der nächsten Erben und aus dem Bestreben, dieses gegen das Eindringen des Römischen Rechts und seiner Testamentsfreiheit zu sichern, sich entwickelt haben; siehe z. B. von Salza und Lichtenau, Lehre von den Familienfideicommissen, §. 4 (Leipzig 1838), u. A. Aus diesem Intestatgesetzcharakter der Institution ergibt sich, wenn er festgehalten wird, alles Weitere von selbst, und insbesondere ist dann die Folgerung evident, daß, wenn der Gesetzgeber die gültige Fortdauer eines solchen Privatintestatgesetzes in gewissen Familien (Autonomie) nicht mehr anerkennt, nichts anderes als die jetzt eintretende Vererbung des davon betroffenen und bisher festgehaltenen Vermögens in der Familie des Stifters nach dem jetzigen Intestatgesetz erfolgen kann; vgl. oben S. 406, Note 1.

wurden. Diejenigen, welche das deutsche Familienfideicommiß, wie das römische mit der Bestimmung ne de familia exeat einem Einzelnen hinterlassene — obwol sich schon in diesem formellen Unterschiede der Unterschied des Wesens, wie man glauben sollte, hinreichend deutlich ausspricht — für beschwertes individuelles Eigenthum des Besitzers auffassen, müssen jenen Zweck der Stiftung zu einem bloßen Motiv der Handlung degradiren, weshalb nun dem einzelnen Eigenthümer Unveräußerlichkeit und Restitutionspflicht auferlegt worden sei.

Diese begrifflose Auffassung übersieht, daß, selbst als bloßes Motiv gefaßt, hier einer jener Fälle vorliegt, wo das Motiv (s. oben S. 100 fg.) mit dem Inhalt der Handlung zusammenfallen, ihn decken und erschöpfen würde, und daß also schon um der Identität von Motiv und Handlung willen, d. h. um der perpetuellen Unveräußerlichkeit willen, dieses Motiv sich als der Willensinhalt der Handlung selbst darstellen d. h. das Eigenthum an der Substanz der ganzen Familie in perpetuum zugewendet sein würde.

Schon diese einander deckende Identität von Motiv und Handlung findet nicht statt bei den römischen Familienfideicommissen, denn selbst die in perpetuum errichteten römischen Familienfideicommisse sind nicht perpetuell, gelten nur für vier Substitutionsfälle, sodaß der Besitzer dann das Fideicommiß vollkommen frei, auch an Fremde, veräußern kann.[1] Eine perpetuelle Unveräußerlichkeit zu Gunsten der Familienidee ist also gar nicht erreicht. Es liegt hier klar der Grund vor, warum der Römer gar nicht anders kann, als dem Fideicommißbesitzer das Eigenthum zuwenden. Bei wem sollte es ruhen? Vier aufeinander folgende Personen sind keine Universitas oder moralische Person. Nur an diese vier einzelnen Personen, nicht an den perpetuirlichen Familienbegriff, kann der rechtliche Wille des Testators denken, und das Fideicommiß läßt sich daher nur als das successive Eigenthum dieser vier einzelnen Individuen auffassen, die deshalb zu beschwerten Eigenthümern werden.

---

1) Novelle 159.

Oder richtiger umgekehrt: weil die Römer das Eigenthum an dem Fideicommiß immer nur als individuelles Eigenthum denken, weil sie die Familiendescendenz nicht als eine selbständige moralische Person auffassen, kann deshalb — denn das positive Recht ist glücklicherweise immer viel speculativer und weit mehr vom Begriff durchdrungen als die Theorie der Autoren — auch keine perpetuelle Unveräußerlichkeit gültig angeordnet werden, da solche mit dem Begriff des individuellen Eigenthums eine wahrhafte contradictio in adjecto bilden würde. [1])

Im deutschen Rechte aber tritt hier der Begriff des einer als eine juristische Einheit gedachten Vielheit von Personen zustehenden Sammteigenthums auf. [2]) In Bezug auf das Familienfideicommiß ist er nur die organische Fortbildung der ur-germanischen Idee von der sittlichen Einheit der Familie und des um dieser Identität willen an sich gemeinsamen Charakters ihres Eigenthums, der im alten Intestatrecht deutlich hervortritt (s. hierüber im zweiten Bande). In dieser Fortbildung wird also das Eigenthum schlechthin zum Eigenthum des Familien-

---

1) Wie aber im römischen Fideicommiß für jene vier Substitutionen Restitution (und darum Unveräußerlichkeit), trotz des individuellen Eigenthums daran, vorgeschrieben werden kann, wird nach unsern Entwickelungen über das römische Erbrecht und speciell über die Entstehung und Geschichte des römischen Fideicommisses jedem Weiterdenkenden sich von selbst ergeben. Hier nur einige flüchtige Andeutungen: Insofern das römische Fideicommiß ein Legat ist, könnte gerade dort die Restitutionspflicht völlig widersprechend erscheinen; denn vom Legat gerade gilt durchaus, daß der Eigenthümer nicht zur Restitution verpflichtet werden kann: a legatario legari non potest. Aber das Fideicommiß ist nicht Legat überhaupt, sondern Fideicommißlegat, d. h. das Fideicommiß ist ursprünglich nur eine an den Erben gerichtete Bitte, die keinen Rechtszwang hat, daher auch, wenn sie Wirkung hat, blos als sein (des Erben) eigner factischer Wille diese hervorbringt, weswegen dieses Vermächtniß consequent und nothwendig von jeder Strenge des jus befreit ist. Erst unter Augustus wird die Restitution des Fideicommisses überhaupt erzwingbar; dennoch bleibt, wie im zweiten Bande gezeigt werden wird, die Freiheit von Form und jus und jener Wunschcharakter der Verordnung ein fortlaufendes herrschendes Moment in der Entwickelung des Fideicommisses.

2) Siehe Dieck in der Ersch-Gruber'schen Encyklopädie, Sect. I, Bd. 26, S. 494, Art. Dominium.

begriffs und darum nothwendig in alle Ewigkeit unveräußerlich, solange derselbe noch irgend in lebenden Subjecten (Familiengliedern) eine Realität hat.

Lassen wir aber den Begriff als solchen dahingestellt sein, und gehen wir zu den formell-juristischen Kriterien der Sache über, zu den Befugnissen des Fideicommißbesitzers.

Wer Eigenthümer einer Sache ist und wer nicht, das muß auf das schärfste in seinen Befugnissen über die Sache zum Vorschein kommen und sich hier ohne Widerstreit ergeben.

Welches sind also die Eigenthumsbefugnisse des Fideicommißbesitzers nach deutschem Recht?

Er kann weder veräußern, noch verpfänden, noch deteriorien. Allein das kann auch der beschwerte Eigenthümer des römischen Fideicommisses nicht und insofern begreift sich die täuschende Analogie. [1])

Aber das sichere und entscheidende Kriterium des Eigenthums ist die Vererbung. Was Eigenthum ist, das muß vererbt werden können, und was von seinem Besitzer nicht vererbt werden kann, sondern vielmehr von einem andern forterbt, ist nicht Eigenthum des Besitzers. Dem entsprechend ist es auch anerkannt, daß das römische Familienfideicommiß trotz der Restitutionspflicht des Eigenthümers immer nur *ex beneficio ultimi possessoris* vererbt wird [2]), wie dies auch ganz klar darin hervortritt, daß es dem römischen Fideicommißbesitzer freisteht, einem beliebigen, auch im Grade entferntern (vel dispari gradu) Mitglied der Familie zu restituiren. [3])

Umgekehrt ist vom deutschen Fideicommiß ebenso einstimmig anerkannt, daß dasselbe niemals ex beneficio ultimi possessoris, sondern stets nur ex pacto et providentia majorum — ganz in demselben Sinne wie dies die Feudisten bei der Lehnsfolge nehmen — vom Stifter her fortvererbt wird.

---

1) Obgleich auch schon hier der für die Eigenthumsfrage nicht unbedeutsame Unterschied hervortritt, daß die deutschen Anwärter bei Deterioration das Fideicommißobject selbst sequestriren lassen können (Salza, a. a. O., S. 195), während sich die römischen Successoren durch Caution für den Werth ihrer Rechte sichern müssen; s. L. 69, §. 3, de leg. II (31).

2) L. 67, §. 3. 5, de leg. II (31), Papinian.

3) S. praef. u. §. 2. 5 der L. 67 daselbst.

Wie soll also das ein Eigenthum des Besitzers sein können, was statt von ihm von einem andern vererbt wird?!

Ein ferneres Kriterium ist, daß das römische Familienfideicommiß jederzeit durch die Einwilligung aller lebenden Interessenten aufgehoben werden kann. [1])

Natürlich! Denn es ist eben individuelles Eigenthum des Besitzers, und wenn also diejenigen, welche allein bereits Rechtssubjecte sind und daher allein bereits Rechte haben können, mit dem Aufgeben dieser blos eventuellen Rechte einverstanden sind, so muß stets dem Willen des Stifters entgegen das Fideicommiß aufgehoben werden können. Das individuelle Eigenthumsrecht des Besitzers muß, wenn die hindernden Ansprüche der eventuellen Anwärter durch ihre Einwilligung fortfallen, von selbst in die ganze Energie seiner Wirksamkeit treten.

Das deutsche Familienfideicommiß hingegen kann niemals, auch nicht mit Einwilligung des Besitzers und aller Interessenten, aufgehoben werden. [2]) Ebenso natürlich! Denn hier ist der Eigenthümer des Vermögens nur der Familienbegriff selbst in seiner ideellen Perpetuirlichkeit und daher die erst künftig zu erzeugenden Generationen ganz ebenso sehr wie die zu einer bestimmten Zeit lebenden Rechtssubjecte desselben.

Das Eigenthum des Fideicommißbesitzers, welcher nicht disponiren kann, noch vererben, noch mit Beistimmung der sein angebliches Eigenthumsrecht vinculirenden Rechtssubjecte das Fideicommiß aufheben, ist also genau so ein Eigenthum, wie jenes berühmte Lichtenberg'sche Messer ohne Stiel, dem die Klinge fehlt, ein Messer ist!

Mit dieser thatsächlichen Rechtsbeschaffenheit der deutschen Familienfideicommisse stehen auch die alten Urkunden selbst in der offenbarsten Uebereinstimmung. Wenn der Bischof von Breslau, Jacobus von Salza in seiner fideicommissarischen Stiftungsurkunde vom Jahre 1532 [3]) sagt, daß er dies Fideicommiß er-

1) L. 120, §. 1, de leg. I (30). L. 11, C. de fideicom. (6, 42).

2) Siehe Salza, a. a. O., §. 109; Dieck in der Ersch-Gruber'schen Encyklopädie, Sect. I, Bd. 41, S. 337, Art. Familiengüter; Knorsch, Das deutsche Privatfürstenrecht (Sulzbach 1832), §. 82.

3) Siehe diese bei Salza, a. a. O., S. 244—246.

richte zu Gunsten seines Bruders Mathes und dessen ältesten Sohnes Joachim, „allein zcw irer baider lebetagen in gebrauch zcu haben vnd zcu halten"; wenn er fortfährt, es solle diese Ordnung ewiglich gehalten werden, daß es allemal an den ältesten Schwertmagen kommen solle, „alleine zcum lebetagenn ane alle Rechnung innetzuhaben"; wenn er nochmals das Verhältniß der Successoren als „Innehabung" und wiederum jeden Successor als „Innehalter" bezeichnet; wenn er vorschreibt, daß im Falle der Wiedereinlösung des Burglehens (welches ihm ursprünglich versetzt war) das Geld „vonn dem geschlechte" an ein anderes Gut gelegt werden solle; und wenn er damit schließt, er wolle hierdurch alle seine „nachkommen Innehalter solcher Gutter sampt dem ganzen geschlecht hiermit vestiglich verbunden haben": so sind hier nun freilich durch einen Zufall die Worte gerade so gewählt, als wären sie polemisch gegen den modernen Irrthum geschrieben, und sollten beweisen, daß jeder einzelne Besitzer blos die Nutzung (Gebrauch und Innehaltung für Lebtagen), und nur das ganze Geschlecht das Eigenthum des Fideicommisses haben solle. [1])

Aber auch wo die Ausdrücke der Fideicommißurkunde nicht von dieser kritischen Bestimmtheit sind, ist doch, wenn eben nur feststeht, daß, wie dies beim Adel stets der Fall, ein deutsches, nicht römisches, Familienfideicommiß gestiftet werden sollte, die Kraft des thatsächlich Geschehenen, d. h. der juristische Charakter der realen, dem einzelnen Fideicommißbesitzer übertragenen Befugniß das Durchschlagende und allein Entscheidende, woneben die Worte das Gleichgültige sind.

Es hat daher auch zu keiner Zeit an einer großen und über-

---

1) Siehe sehr zahlreiche, ganz ebenso bestimmte Urkunden bei Kohler, Privatfürstenrecht, §. 69, angeführt, z. B. die des Hauses Hessen von 1568, wo es heißt, daß die „Länder als Stammgut zusammenbleiben sollen, nur dem Mannesstammen gehörend"; die des Hauses Fürstenberg v. 1576, wo „zu bestendiger Erhaltung und Förderung unser und all unser Erben und Nachkommen des Namens und Stammes, der zu Fürstenberg Ehr, Nutz und Wohlfahrt auch Aufnehmen" bestimmt wird: „wie es in ewig Zeit unsers Namens und Stammes Haab und Güter halber gehalten werden solle", wo also überall die Güter als Eigenthum des ganzen Stammes ausdrücklich bezeichnet werden.

wiegenden Anzahl der gewichtigsten Autoren gefehlt, welche die wahre Natur der deutschen Fideicommisse erkannt und vertheidigt haben. So außer andern [1]) der an echt historischem Sinn noch immer nicht übertroffene Eichhorn [2]), von neuern Specialschriftstellern in dieser Materie Kohler [3]), und endlich das bedeutendste Werk, welches in neuerer Zeit im Gebiete des deutschen Erbrechts überhaupt erschienen ist, die Lehre von den Erbverträgen von Georg Beseler. [4])

---

1) Pütter, Beiträge zum teutschen Staats- und Fürstenrecht (Göttingen 1779), II, 229 fg.; dessen Erörterungen, Nr. 6, II, 216; H. Chr. von Senkenberg, Disp. qua filiam ultimi gentis suae in regnis et principatibus succedere demonstrat. (Göttingen 1736), Kap. 1; J. J. Reinhard, Die Gemeinschaft als ein wahrer Grund der Erbfolge und der einzige Grund der Lehenfolge der Seitenverwandten (1755); dessen neue Anmerkungen von der Lehenfolge und Gemeinschaft (Frankfurt 1762). [Es muß übrigens beiläufig bemerkt werden, daß man noch durchaus nicht Reinhardt's und Fischer's Ansicht über die ursprüngliche Familiengemeinschaftlichkeit alles deutschen Grundeigenthums — obgleich dieselbe in gewisser Weise (nämlich nicht als actuelles Gesammteigenthum, sondern als eine an sich vorhandene Gemeinsamkeit des Besitzes, siehe hierüber im zweiten Bande, sub II) die einzig richtige und daher auch von allen tiefer Denkenden jeder Richtung, von Hegel wie Stahl, festgehaltene Auffassung ist — zu sein braucht, um doch für das Familienfideicommiß der obigen Ansicht zu sein, wie das z. B. der bald anzuführende Beseler deutlich zeigt.] Ferner noch: Walch, De condominio successionis fundamento in Germ. (Jena 1773); Meurer, Von der Succession in Lehen und Stammgüter unter dem hohen und niedern Adel (Leipzig 1781), S. 10; G. E. C. Preuschen, Die Gemeinschaft als ein wahrer Grund der Lehensfolge der Seitenverwandten (1775); Fischer, Geschichte der deutschen Erbfolge, S. 49, und dessen Erbschaftliches Versendungsrecht (Regensburg 1786); Weber, Handbuch des Lehenrechts, III, 165.

2) Rechtsgeschichte, 3. Aufl., §§. 68, 198, 389.

3) Deutsches Privatfürstenrecht (Sulzbach 1832), §§. 69—71.

4) II, 49—65 (Göttingen 1840). — Das Zeugniß Beseler's in dieser Angelegenheit ist um so bedeutender, als derselbe nicht nur die in der That schiefe und zu weit getriebene Ansicht verwirft, daß im deutschen Recht das Eigenthum ein actuelles Gesammteigenthum der Familie gewesen sei (siehe I, 48 fg.), auch nicht nur das deutsche Gesammteigenthum überhaupt in keinem andern Sinne als in dem eines getheilten Eigenthums gelten läßt (I, 88), in welchem Sinne dasselbe ja auch von Mittermaier (Deutsches Privatr., 7. Aufl., §. 155) und allen Besonnenen einstimmig anerkannt wird, sondern sogar in der frühesten Zeit das Anrecht der

Der gelehrte Dieck [1]) nimmt eine schwankende Stellung zwischen den beiden Meinungen ein, indem er zugibt, daß bei Urkunden, die so deutlich seien wie die oben bezogene des Bischofs Jacob von Salza, allerdings nicht daran gezweifelt werden könne, daß das Eigenthum nur bei der ganzen Familie sei, der Regel nach aber der Ansicht derjenigen Autoren beistimmen will, welche den Fideicommißbesitzer für einen wahren beschränkten Eigenthümer halten.

---

nächsten Erben (s. Bd. 1, §. 5, und Bd. 2, §. 15 u. 16) nicht gelten lassen will. Gleichwol kommt er in Bezug auf die Familienfideicommisse des Adels auf das bestimmteste zu obigem Resultat. Er sagt (II, 51 fg.): „Darf man nun aber auch für das ältere Recht den Grundsatz aufstellen, daß der Grundbesitz nicht im Gesammteigenthum der Familie stand, so ist doch bereits der Beweis geliefert worden, daß infolge späterer Entwickelung die Familie des deutschen Adels sich enger zusammengeschlossen hat, und daß gerade das Bedürfniß, das unbewegliche Vermögen in ihrem Interesse zusammenzuhalten, der Hauptgrund dieses Ereignisses war. Trotz jener Resultate, welche die Untersuchung für das ältere Recht ergeben hat, bleibt daher noch die Frage offen, ob nicht infolge jener spätern Rechtsentwickelung gegenwärtig ein Gesammteigenthum für die Familie des hohen Adels angenommen werden muß, und diese Frage ist unbedenklich zu bejahen; denn auf die angegebene Weise hat sich die Familie in dieser Sphäre auch rücksichtlich des Güterrechts durchaus als eine Genossenschaft constituirt, welche als selbständiges Rechtssubject Inhaberin von Eigenthumsrechten geworden ist." Aus der gründlichen, daselbst nachzulesenden nähern Ausführung, der im wesentlichen vollkommen beizustimmen ist, heben wir nur nachfolgende Sätze hervor (S. 55 fg.): „Zum Abschluß ist diese Bewegung im Familienrecht des Adels aber erst durch die Einführung besonderer Successionsordnungen gelangt, welche im Mannesstamme selbst die Bevorzugung eines Einzelnen festgesetzt haben. Das Verhältniß, welches in einem solchen Falle vorliegt, ist regelmäßig folgendes: Das Vermögen oder eine bestimmte Vermögensmasse ist an die Familie gebunden und steht im allgemeinen unter ihrem Einfluß; der Mannesstamm ist zunächst oder ausschließlich zur Succession berechtigt; von ihm wieder eine aus Gründen des Alters bevorzugte Person." „Die Familie, im gemeinsamen Beschluß ihrer vollberechtigten Mitglieder vertreten, ist im allgemeinen die berechtigte Person und die Eigenthümerin ihres Vermögens." „Die einzelnen Glieder der Familie sind verschieden gestellt. Der Erstgeborene succedirt jure proprio et singulari infolge der Familienbeliebung; er hat die Benutzung und Verwaltung des Familienvermögens, doch unbeschadet seiner Proprietät und Substanz."

1) im Art. Familiengüter, a. a. O., S. 334.

Von noch größerm Gewicht ist die Entscheidung der Gesetzgebungen, und wie wir im Laufe dieses Werks fortlaufend Gelegenheit gehabt haben, zu zeigen, daß das praktische Rechtsgefühl der Gesetzgebungen die Wahrheit besser zu treffen und dem Begriffe näher zu kommen pflegt, als die halbe Theorie der Autoren [1]), so haben auch, während Mittermaier ihnen zu hoher Ungebühr hierbei den Vorwurf eines Misverständnisses macht [2]), die Gesetzgebungen der drei größten deutschen Staaten, Oesterreich, Preußen und Baiern, mit Recht anerkannt, daß das wahre Eigenthum des Fideicommisses sich bei der gesammten Familie befinde.

Und indem man die dem römischen Rechte entlehnten Bezeichnungen von dominium directum und dominium utile, in theoretischer Hinsicht nicht mehr ganz passend, was aber praktisch nicht den geringsten Unterschied gab, auf diese eigenthümlichen Verhältnisse des getheilten Eigenthums im deutschen Recht anwandte, wurde das Eigenthumsrecht der Familie als solcher (wozu auch der Fideicommißbesitzer als Mitglied gehört) als Obereigenthum, das des Besitzers als solchen aber — und diese Bezeichnung ist auch theoretisch ganz richtig — als bloßes Nutzungseigenthum qualificirt. So das Oesterreichische Gesetzbuch, Thl. 2, §. 629: „Das Eigenthum des Fideicommißvermögens ist zwischen allen Anwärtern und dem jedesmaligen

---

1) Es läßt sich nicht verkennen, daß zu jener falschen Auffassung der Fideicommisse außer der theoretischen Verwirrung auch politische Einflüsse, wenn auch nicht bewußt, so doch nichtsdestoweniger merklich beigetragen haben. Meistens sind es liberale Schriftsteller, welche diese Meinung vertheidigt und accreditirt haben. Der Liberalismus in seiner selber beschränkten Natur glaubte mit einem beschränkten Eigenthum der Fideicommißbesitzer durch den bloßen Fortfall der „Beschränkungen", über den dann mindestens die Eigenthümer nicht klagen konnten und wobei die Rechte der Agnaten zu bloßen Erwartungen wurden, leichter fertig werden zu können als mit dem Eigenthumsrecht der Familie! — Wo die Darstellung jener Verhältnisse von der Adelsseite selbst ausging, da wurden, wie z. B. von dem fürstlich Oettingen-Wallerstein'schen Hofrath Kohler, die Fideicommisse immer in ihrer begrifflichen Wahrheit als Eigenthum der gesammten Familie und ihrer künftigen Descendenz behauptet. So möge ihnen denn das Recht des Begriffes widerfahren!

2) Privatrecht, 7. Aufl., I, 444.

Fideicommißinhaber getheilt. Jenen kommt das Obereigenthum allein, diesem aber auch das Nutzungseigenthum zu."

Ebenso das Preußische Allgemeine Landrecht, Thl. 2, Tit. 4, §. 72: „Dem jedesmaligen Fideicommißbesitzer gebührt das nutzbare Eigenthum des Fideicommisses. §. 73. Das Obereigenthum befindet sich bei der ganzen Familie." [1])

Wenn also in einem dieser drei Staaten die Fideicommisse zur Aufhebung gelangten, so könnte hier nicht einmal ein Streit darüber stattfinden, daß schlechterdings nur in dem oben entwickelten Sinne zu verfahren sei und infolge der abrogirten Successionsordnung des alten Privatintestatgesetzes das gebundene Erbrecht der Familie in Gemäßheit des gegenwärtigen Intestatrechts zur freien Realisirung zu kommen habe.

Hier, sagen wir, könnte nicht einmal ein Streit darüber stattfinden; denn hier sind die Fideicommisse als im Eigenthum der ganzen Familie stehend durch die Gesetzgebungen selbst anerkannt und jedenfalls also durch den Erlaß dieser Gesetzgebungen längst zu solchem Familieneigenthum geworden.

Aber auch anderwärts hat die oben auseinandergesetzte rechtliche Natur der Sache, indem sie sich in der Form von Billigkeitsgründen, besonders in Rücksicht auf das Recht der Agnaten, geltend machte, bereits ähnliche gesetzgeberische Resultate herbeigeführt. So im Beginn dieses Jahrhunderts in Piemont, wo noch vor der Vereinigung mit Frankreich die piemontesische Consulta durch ein Gesetz vom 6. Fructidor VIII die Fideicommiß- und Primogenitureigenschaft für aufgehoben erklärt, die Unveräußerlichkeit der Güter aber, bis das Gesetz definitiv über das Rechtsverhältniß derselben verfügt haben würde, provisorisch aufrecht erhalten hatte. Bald darauf erließ die Executivcommission von Piemont das Gesetz vom 13. Nivôse IX, durch welches in Rücksicht darauf, daß den jüngern Brüdern der gegenwärtigen Besitzer und ihrer Descendenz durch die Aufhebung der fideicommissarischen Successionsordnung sowol das Recht der eventuellen Nachfolge, als das ihnen schon unter dem Fideicom-

---

1) Vgl. Bairisches Edict, §. 43.

miß selbst zustehende **Abfindungsrecht** entrissen würde, verordnet wurde, daß den jüngern Brüdern der **gegenwärtigen Besitzer** eine „assignation équitable" aus dem Fideicommißvermögen zugesprochen werden solle, die in quantitativer Hinsicht das **Pflichttheil** aus **demselben**, falls der **letzte Vorbesitzer** erst **jetzt gestorben** wäre, nicht zu überschreiten habe. Es heißt in den im Gesetz selbst ausgesprochenen Motiven in seiner officiellen französischen Uebersetzung: „Considérant 1° que la libre disponibilité des biens ci-devant liés à la Primogéniture et fideicommis . . . a réellement amélioré la condition et augmenté le patrimoine des possesseurs desdits biens; 2° que la loi, en accordant cet avantage aux possesseurs actuels des biens primogéniaux, a le droit de les charger d'un correspectif proportionné en faveur des *puinés*, lesquels ayant jadis, à cause du lien de Primogéniture, été exclus de la succession simultanée dans lesdits biens, ont maintenant perdu tout espoir de succession éventuelle, à cause de la loi qui a rendu libres lesdits biens; 3° que le droit accordé aux *puinés*, d'obtenir une assignation congrue sur les biens primogéniaux même *avant* que ces biens eussent été effectivement rendus libres, *recevait nécessairement plus d'étendue d'après la résolution immédiate des liens.*" Und hierauf wird nun verfügt: „§. 4. Il est loisible aux frères puinés, qui jadis ont été exclus de la succession simultanée dans lesdits biens, d'obtenir par tête, ou à leurs descendants par *souche*, une *assignation équitable*, laquelle devra être fixée avec les égards convenables à tout ce que lesdits frères eussent déjà obtenu de la succession du père, ou de tel autre ascendant commun, qui eût possédé auparavant les biens maintenant rendus libres par la loi, comme aussi à l'état et aux circonstances actuelles de la famille et des enfants des possesseurs susdits. §. 5. L'assignation ci-dessus ne pourra, en quelque cas que ce soit, excéder *la portion légitimaire* qui aurait *dû être séparée du patrimoine par le père ou ascendant commun*, dans le cas où, *au temps de son décès, il eût été libre de tout lien.*"

Niemand wird bei aufmerksamer Betrachtung dieses Gesetzes

und seiner Motive leugnen können, daß es die instinctmäßige Operation der von uns entwickelten begrifflichen Natur der Sache ist, welche diesem Gesetz in letzter Instanz zu Grunde liegt und bereits darauf hinzwingt, obwol in falscher Form, den Fall so zu setzen, als wenn das Fideicommiß jetzt erst zur Vererbung käme. Weil aber der Begriff hier noch nicht in seiner sich selbst durchsichtigen Helle und seinem theoretischen Selbstverständniß, sondern als bloßes Billigkeitsgefühl ins Bewußtsein tritt, kann er auch nicht zu einer adäquaten Realisirung gelangen, und es werden daher nur die jüngern Brüder und diese nicht in der vollen Ausdehnung ihres wahrhaften Rechts berücksichtigt.

Daß nun aber in der That die hier bei der Aufhebung der Fideicommisse als nothwendig aufgezeigte sofortige Erbtheilung des Fideicommißvermögens nach dem Landesintestatgesetz unter den gegenwärtigen gleich nahen Descendenten des Stifters aus derselben Linie [1]) die einzig rechtmäßige und dem fideicommissarischen Recht entsprechende ist, das läßt sich noch auf das schlagendste und entscheidendste durch ein argumentum a fortiori nachweisen, welches zu seiner Grundlage nichts Geringeres als die gesammte, einmüthige Jurisprudenz aus den Zeiten des deutschen Reichs hat.

Wir meinen den Fall, wo Fideicommisse statt wie in der von uns betrachteten Voraussetzung durch rechtliche Veränderung vielmehr aus factischen Gründen untergehen.

Nichts Anderes stellt nämlich der Fall dar, wenn der Mannsstamm des Stifters überhaupt ausstirbt, wo dann also durch factische Veränderung die fideicommissarische Successionsordnung hinfällig wird.

Die Doctoren haben nun einstimmig entschieden, worauf

---

1) „aus derselben Linie", sagen wir. Denn das Fideicommißinstrument ist so zu interpretiren (vgl. oben S. 402): es solle primo loco dieser Linie und ihrer Descendenz das Erbrecht übertragen sein und zwar, in aeternum oder eventuell so lange dies rechtlich zulässig ist, nach Maßgabe der Primogeniturordnung, und sowie dies zulässig zu sein aufhört, nach Maßgabe des dermaligen Intestatrechts. Was wir bald über die Verwerfung der Ansprüche der heredes regredientes im alten Recht hören werden, ist dieser Auffassung entflossen.

schon oben Bezug genommen, daß in diesem Falle das Successionsrecht der weiblichen Descendenz, wenn diese nicht nur durch die Stiftungsurkunde ausgeschlossen war, sondern auch verzichtet und selbst eidlich verzichtet hatte, weil es eben nur durch die Successionsordnung gebunden und latent war, in voller Wirksamkeit wieder zum Vorschein kommt.

Man sehe Knipschildt, a. a. O., VIII, Nr. 265 (S. 359 der ulmer Ausg. v. 1661): „Quamvis autem foeminae, masculis extantibus in his fideicommissis familiarum Nobilium non succedant, secus tamen est, si masculi nulli ex testatoris sive institutoris familia et agnatione extent, *tum enim foeminas in iisdem succedere non dubito*, et tradunt Grassus etc. etc. *Quia tunc cessat ratio exclusionis, agnationis nimirum conservatio*, cum nulli supersint agnati, atque *ideo ipsa exclusio cessabit*, cum *generalis sit regula* quod *cessante causa cessat effectus* et *cessante causa dispositionis, privilegii, prohibitionis, favoris, exclusionis, renunciationis, ipsa* cessat *dispositio* (vgl. oben S. 408), privilegium, prohibitio, favor, exclusio et renunciatio de qua infra, cap. 16 et 17 sq., Nr. 268: Hinc quoque quando statutum extat foeminas propter masculos excludens, nihilominus tamen masculis deficientibus, feminas admitti *communis doctorum est conclusio* (worauf die Citationen folgen). Et in *renunciationibus* foeminarum idem obtinere, ut masculis deficientibus foeminae admittantur, tradit Bartolus Muscul. etc., Nr. 270: Ita enim in jure *primogeniturae et majoratus*, masculis deficientibus, foeminae admittantur, worauf es nach massenhaften Citationen also fortgeht: atque hoc etiam colligitur ex *verisimili mente ipsius disponentis, sive fideicommissum instituentis*, qui si interrogatus fuisset, quem praeferre vellet eo casu, quando omnes de agnatione filiorum suorum mortui essent, utique non extraneos ullos, sed proprias filias vel neptes responsurus fuisset. Cum major sit affectio erga cognatos et consanguineos quam extraneos etc. etc. [1]), praesertim vero parentum erga liberos et descendentes suos etc. etc. At vero in omni dispositione

---

1) Wir deuten durch das etc. die Citationen der Römischen Gesetze und der Autoren an.

illud actum esse intelligitur *quod est verisimile* etc. etc., *omnisque dispositio intelligi debet secundum affectionem et charitatem* quam *disponentes erga personas habuerunt* et quaelibet dispositio in favorem *eorum* erga quosquos affectio fuit, *ita restringi debet ut magis dilectus melioris sit conditionis illudque in dubio pro disposito et expresso habetur, de quo si disponentes interrogati, verisimiliter responsuri fuissent* (vgl. oben S. 408 und 402 fg.; es wird jetzt in die Augen springen, wie das von uns über die bei der rechtlichen Aufhebung der Fideicommisse eintretende rechtmäßige Folge resp. über die Succession der Weiber Gesagte sich ganz durch diesen Maßstab als der muthmaßliche Wille des Stifters und als die einzig legitime, den Act nicht denaturirende Interpretation desselben rechtfertigt).

Ebenso Pütter in seinen Institutiones juris publici Germanici, §. 454: . . . Sin universae familiae stirps mascula deficit, *filiabus a primo adquirente oriundis earumque posteris jus succedendi* aperitur etc. Ebenso Selchow, Professor zu Göttingen, in seinen Elementa juris publici Germanici, §. 509 u. 510, und in seinen Elementa juris Germanici privati hodierni, §. 632. Aber es herrscht darüber auch nicht der geringste Streit, sondern nur darüber herrscht eine lebhafte Controverse, ob die Töchter des letzten Besitzers oder die dem Stifter vielleicht nähern Descendentinnen der früher übergangenen weiblichen Linien — deshalb heredes regredientes genannt — vorgehen. Die eben angezogenen Autoren verwerfen diese letztere Ansicht [1]), was aber auf dem ganz richtigen Gedanken beruht, daß, wie wir oben (S. 421, Nr. 1) zeigten, jeder durch die Successionsordnung einmal an die Reihe gekommenen

---

1) ohne aber natürlich das Erbrecht auch jener weiblichen Descendenz zu leugnen. So sagt Selchow a. a. O. ausdrücklich: „*Licet* enim *omnes foeminae a primo adquirente descendentes, jus* habeant *succedendi*, extincta gente masculina, *ordo* tamen successionis, secundum omnia jura quae unquam in Germania obtinuerunt et etiam nunc obtinent, semper ab *ultimo defuncto* ducitur", und ebenso Pütter, der unmittelbar nach den oben citirten Worten fortfährt: „in *ordine* autem *succedendi* merito filia ultimi defuncti *praefertur* remotioribus ad hereditatem filiae olim renunciatae nunc *regressuris* vulgo *heredibus regredientibus*."

Linie *primo loco* Successionsordnung und Erbrecht — also Vorrang in denselben — übertragen worden sei, während Andere sogar so weit gehen, die dem Stifter näher verwandten Töchter weiblicher Descendenz rufen zu wollen. [1])

Ebenso steht fest, daß, wenn nun einmal ein Fideicommiß durch das Aussterben männlicher Agnaten in weibliche Hand gelangt, hierdurch von selbst das fideicommissarische Band fortgefallen und das Gut in Bezug auf Veräußerlichkeit wie in jeder andern Hinsicht seine ursprünglich freie Natur ipso jure wiedererlangt hat. Quando [2]) autem semel ad hujusmodi fideicommissorum successionem admissa (nämlich an Weiber), *ipsum fideicommissum evanescit* et *bona ista ad primaevam suam naturam liberam redeunt* et *alienari* possunt, quia *hoc casu cessat ratio prohibitae alienationis* et *sic ipsa prohibitio.* Et paria sunt *non* esse causam et *eam esse finitam* per L. 1 ff. de condit. sine causa etc. et *quae ab initio valent,* si per eum perveniunt casum *a quo incipere nequeunt, vitiantur.* (Hier vgl. man nun das oben §. 7, S. 286—299, über diese Pandektenregel Erörterte.)

Untersucht man nun, was in diesen Sätzen gegeben ist, so ist es nichts Anderes als der Satz: daß, wenn durch factische Veränderung die fideicommissarische Successionsordnung aufgehoben wird, das Intestaterbrecht der Familie des Stifters wieder auflebt und das Gut also nach Maßgabe des gemeinen Intestatrechts unter den gegenwärtigen gleichnahen Familiengliedern des Stifters aus der nach der Primogeniturordnung zuletzt im Fideicommißbesitz gewesenen Linie zur freien Vererbung, resp. Theilung kommt.

Wenn dies aber schon bisher stets unter der Jurisprudenz des Reichs im Falle der factischen Beseitigung der fideicommissarischen Successsonsordnung der Fall war, so wird dies mindestens und um soviel mehr bei der, wie wir überall nachgewiesen haben (s. §. 10), nur noch weit stärker wirkenden rechtlichen Beseitigung dieser Successionsordnungen eintreten

---

1) z. B. Georg Everhard, Professor der Rechte zu Ingolstadt, Opp., T. VI, quaest. XLII (Augsburg 1699).

2) Knipschildt, a. a. O., Kap. 8, Nr. 284, S. 364.

müssen, und nur der gänzliche Mangel an systematischer Auffassung war schuld, daß dies solange übersehen werden konnte. Wie aber — im Falle der factischen Beseitigung — die fideicommissarische Successionsordnung erst dadurch und daher auch erst in dem Augenblick untergeht, wo der letzte das Fideicommiß besitzende Agnat stirbt, der also, solange er lebt, immer noch auf Grund der noch existenten Successionsordnung besitzt, ebenso ist im Fall der rechtlichen Prohibition der fideicommissarischen Successionsordnung, durch welche also solche Willensbestimmungen als von jetzt ab unwirksam bestimmt werden, der derzeitige Fideicommißbesitzer *qua* solcher im Momente dieses Gesetzes gestorben, und succedirt darum nun sich selbst, zugleich mit seinen Brüdern und Schwestern als den gleich nahen Verwandten des Stifters in derselben Linie, und ohne Vorzug vor diesen als Intestaterbe in das frei gewordene Gut.

Noch einfacher und unbestreitbarer gilt dasselbe, was wir für die Aufhebung der Fideicommisse entwickelt haben, für diejenige der Lehne. Hier kann nämlich deshalb auch nicht einmal eine Bestreitung versucht werden, weil ja der einzige Vorwand einer solchen, die falsche Thesis, daß die Güter das beschränkte Eigenthum des Besitzers seien, in Bezug auf die Lehne noch von niemanden aufgestellt worden ist, und natürlich hier auch nicht aufgestellt werden konnte. Denn da bei den Lehnen das Obereigenthum anerkanntermaßen beim Lehnsherrn ruht, so blieb für den Belehnten von selbst nur ein Nutzungseigenthum übrig, was hier niemals in Abrede gestellt wurde. Nur muß man sich hüten, etwa so argumentiren zu wollen: wenn ein Gesetz wie z. B. das preußische vom 2. März 1850 das Obereigenthum des Lehnsherrn aufhebt, so vereinigt sich dasselbe von selbst mit dem Nutzungseigenthum, und es geht also wie nach dem römischen Satze, daß der Nießbrauch, wenn er mit dem Eigenthum einmal vereinigt wird, ipso jure untergeht, von selbst das Nutzungseigenthum in volles Eigenthum über. Der Satz ist allerdings ganz richtig; nur muß er auch richtig angewendet werden. Das Nutzungseigenthum wird allerdings durch die Aufhebung des lehnsherrlichen Obereigenthums zum vollen Eigenthum, aber natürlich nur zum vollen Eigenthum dessen, bei dem sich bis dahin auch das Nutzungseigenthum befand. Nun

ist aber niemals bestritten worden, daß das Nutzungseigenthum an den Lehnen nicht bei dem actuellen vasallischen Besitzer, sondern wiederum bei der ganzen Familie desselben ruht. Und es konnte dies natürlich auch gar nicht bestritten werden, da bei der Umwandelung, die im 11. Jahrhundert in den Lehnsverhältnissen eintrat, im longobardischen Lehnrecht durch das Gesetz selbst, im deutschen Lehnrecht aber durch die Mitbelehnung, das Nutzungseigenthum auf die ganze Familie, Descendenz wie Agnaten übertragen, diesen daher das Revocations- und Lehnsretractrecht bei Veräußerungen des Vasallen eingeräumt wurde [1]) u. s. w.

Es wird daher hier sogar von denen, welche die Fideicommisse als ein beschränktes Eigenthum des Besitzers behaupten, dieses bei der ganzen Familie beruhende Nutzungseigenthum an den Lehen unbedenklich zugegeben, z. B. Dieck am oben a. O. [2]): „In der mitgetheilten Stelle des schwäbischen Lehnrechts heißt es ausdrücklich, die deutschen Mitbelehnten, oder, was für uns dasselbe sagt, die deutschen Sammteigenthümer hätten gleiche Gewehr an dem gemeinschaftlichen Gute; keiner dürfe für sich allein über die Sache verfügen ohne der Andern Zustimmung." „Wie aus diesem Text hervorgeht, bezieht sich das, was oben im Betreffe der Verfügung über die Substanz der Sache gesagt worden, auch auf die Nutzungen derselben. Selbst diese sind gemeinschaftlich, und keiner kann über die gemeinschaftliche Sache auch in dieser Beziehung ohne die Einwilligung der Uebrigen eine einseitige Verordnung erlassen. Nur wenn eine sogenannte Mutschirung oder Oerterung, die aber wiederum allseitige Uebereinstimmung erfordert, stattgefunden hat, kann jeder über den ihm zugefallenen körperlichen Theil für die Zeit der Mutschirung in Bezug auf den Fruchtgenuß selbständige Einrichtungen treffen, ungeachtet der in diesem Falle fortbestehenden Gemeinschaft."

---

1) Siehe II, F. 26, §. 13; II, 37, 50; II, F. 39; II, F. 83. Eichhorn, Deutsche Geschichte, Thl. 2, §. 259, Not. C; Einleitung in das deutsche Privatrecht, §. 359; Zachariä, Handbuch des sächs. Lehnsrechts, §§. 161, 662.

2) Art. Dominium, S. 494.

Da also das Nutzungseigenthum bei den Lehen bei der ganzen Familie beruht, so wird durch die rechtliche Unterdrückung des lehnsherrlichen Obereigenthums jenes Nutzungseigenthum allerdings ipso jure zum vollen Eigenthum, aber in den Händen dessen, welcher das wahre Rechtssubject dieses Nutzungseigenthums ist, d. i. der ganzen Familie des ersten Erwerbers; und wenn nun die Primogeniturordnung, innerhalb welcher die Glieder derselben infolge der Mitbelehnung oder des Lehnrechts selbst in die Ausübung ihres gemeinsamen Nutzungsrechts einrücken sollten, aufgehoben wird, so kann dies wiederum nur dadurch geschehen, daß dies jetzt zum vollen Eigenthumsrecht gewordene, aber durch diese aufzuhebende Successionsordnung noch gebundene Eigenthumsrecht der dem ersten Erwerber gleich nahen lebenden Glieder derselben Linie, statt widerrechtlich unterdrückt zu werden, zur Erfüllung und individualisirten Ausführung gelangt. Oder der Lehnsvasall ist *qua* solcher als in diesem Augenblick gestorben zu betrachten und als ein solcher anzusehen, der nun nach gemeinem Intestatrecht und darum mit den ihm gleichnahen Geschwistern in das durch die Unterdrückung des Obereigenthums zum vollen Eigenthum gewordene freie Erbe succedirt, während die entfernteren Agnaten ihre Exclusion nicht für eine Rechtsverletzung oder Rückwirkung ausgeben können, da sie von dem Antheil nicht, wie die Geschwister des vasallischen Besitzers, blos durch die abolirte Successionsordnung, sondern durch das primo loco bei diesen ruhende Erbrecht derselben überwunden und ausgeschlossen werden.

III. Obligationen aus Delicten. Aquilische Culpa und Culpa bei Verträgen. Die römische Obligationeneintheilung.

In Bezug auf die Obligationen aus Delicten galt bisher ganz unbestritten die Ansicht, daß sie in allen Fällen zu beurtheilen seien nach dem zur Zeit des begangenen Delicts geltenden Gesetz. Aber welches wäre der Werth eines wissenschaftlichen Beweises, durchgeführt durch das gesammte System der Rechte und Schritt für Schritt belegt mit der Empirie aller Zeiten, wenn er nicht die Kraft haben sollte, noch so allgemein getheilte Vorurtheile zu beseitigen?

Die Reihe der hier entscheidenden Betrachtungen ist folgende: Der Erwerb eines Schadenersatzanspruchs auf Grund eines Delicts ist ein Erwerb, der *lediglich aus dem Gesetz als solchem fließt*. Es würde heißen die Fiction bis zum Unsinn treiben, wenn man sagen wollte: wenn mir jemand den Arm zerbricht, will er mir dadurch diesen und diesen Entschädigungsanspruch stipuliren. Sein Wille ist vielmehr blos der, mich zu *beschädigen*, nicht der, mir etwas zuzuwenden. Die *Entschädigung* ist eine lediglich durch das Gesetz dieser Handlung auferlegte Folge. Aber selbst trotz einer solchen Fiction würde der Entschädigungsanspruch des *Berechtigten* niemals ein erworbener sein, da er die bloße Folge eines *seinerseits* durch keinen auch nicht latenten

Willen vermittelten Leidens, und also nur ein dem Gesetz als solchem entfließender, legaler ist. Da sich aber der Beschädiger mit dem Platzgreifen dieses Gesetzes, allerdings durch eine freie Willenshandlung vermittelt, die er je nach den ihr vom Gesetze gegebenen Folgen auch hätte unterlassen können, so folgt hieraus, daß dem Beschädiger niemals ein Schadenersatz auferlegt werden kann aus einer Handlung, die nach dem Gesetze zur Zeit ihrer Vollbringung zu keinem solchen Anspruch berechtigte, und ebenso daß niemals ein größerer Schadenersatzanspruch gegen ihn erhoben werden kann, als derjenige, welcher nach dem damaligen Gesetze möglich war.

Nicht anders als wie bei den dolosen, verhält es sich mit den culposen Delicten und der aus ihnen entspringenden civilen Schadenersatzpflichtigkeit. Denn die Anschauung ist hier nicht die, daß für ein Nichtgewolltes als solches die gesetzliche Schadenersatzpflicht eintritt, sondern daß es [1]) wiederum willkürliche Selbstbestimmung ist, in Sachen nicht zu wollen, in welchen der normale Wille wollen kann und soll. [2])

Die aus Delicten und Quasidelicten entspringende Obligation ist also seitens des Verpflichteten immer eine Folge einer Willenshandlung desselben (wenn auch, wie ebenso festgehalten werden muß, keine gewollte, sondern nur eine gesetzliche Folge derselben), und kann deshalb die Lage des Handelnden durch kein späteres Gesetz zu seinem Nachtheil abgeändert werden (§§. 1 und 12).

---

1) Vgl. oben „Lehre vom Irrthum" u. s. w.

2) Darum entspringt im Römischen Recht für furiosi, dementes und infantes, d. h. für Solche, die eines vernünftigen Willens überhaupt nicht fähig sind, auch aus unerlaubten Handlungen keine obligatio, s. L. 5, §. 2, D. ad leg. Aquil. (9, 2); Inst., §. 18, de oblig. (4, 1), und Vangerow, Pandekten, III, 39 fg. Auch im französischen Recht wird das ganz consequent festgehalten, und die Schadenersatzpflicht trifft daher nur diejenigen, welche mit ihrer Ueberwachung betraut waren; s. Pothier, Obligat., Nr. 128; Delvincourt, III, 682; Favard v° Délit. et quasi-délit. Nr. 1; Revue de législ., 1846, I, 309. — Ebenso verfügt das Allg. Landrecht ausdrücklich, Thl. 1, Tit. 6, §. 39: „Ein durch unwillkürliche Handlungen verursachter Schade kann dem Handelnden nicht zugerechnet werden", und in §§. 41 u. 42 das., daß bei einem durch Wahn- und Blödsinnige und Kinder veranlaßten Schaden der Ersatz mindestens principaliter in dem Vermögen der Aufseher und Aeltern gesucht werden muß.

Völlig verschieden ist dagegen die Lage des Berechtigten. Passiv der Beschädigung gegenüber, ist sein Anspruch kein Product seiner individuellen Willenshandlung, und es kann auch das Erleiden der Beschädigung nicht als eine stillschweigende Acceptation eines Entschädigungsanspruchs dargestellt werden, da ebenso wenig, wie seitens des Beschädigers ein stillschweigender Wille zum Ersatz, seitens des Beschädigten eine Einwilligung in die ihm zugefügte Beschädigung und somit keine Acceptation vorliegt.

Der Anspruch des Beschädigten bildet somit ein nur legales Recht, das erst durch die Klageanstellung vom Individuum ergriffen und zu einem erworbenen gemacht wird.

Hieraus würde also zunächst gefolgert werden müssen, daß nach einmal angestellter Schadenersatzklage der Anspruch des Berechtigten durch ein neues die Obligation aufhebendes oder verminderndes Gesetz nicht mehr berührt wird. — Allein aus einem zweiten Grunde wäre auch dies irrig.

Jedes Gesetz, welches eine aus einem Delict oder Quasidelict entspringende Obligation aufhebt, verhält sich nämlich stets zu dem Dasein derselben, d. h. dagegen, daß das Individuum gegen seinen Willen zu dem Schadenersatz solle gezwungen werden können, nothwendig prohibitiv, und es treten daher folgeweise die in §. 8 entwickelten begrifflichen Gesetze ein.

Wir haben oben (S. 356) bei Betrachtung des Strafrechts gesehen, daß bei der Aufhebung von Verbotsgesetzen der geistige Gegensatz ein so absoluter sein kann, daß die früher ein Delict constituirende Handlung jetzt als eine unbedingt rechtliche und selbst pflichtmäßige angeschaut wird. Betrachten wir z. B. den dort angeführten Fall, daß bei einem Widerstand gegen ungesetzliche Verhaftung ein Beamter verwundet oder getödtet wird, so wird, wo die Vorschrift besteht, daß auch ungesetzlichen Anordnungen obrigkeitlicher Personen vorläufig Folge geleistet werden muß, eine Schadenersatzaction der Beamten oder seiner Familie begründet sein. Wenn aber, gleichwol ob vor oder während der Klage, die Gesetzgebung den Grundsatz in sich aufnimmt, wie z. B. der oben citirte Artikel der Verfassung von 1793, daß jeder erforderliche Widerstand gegen obrigkeitliche Verübung ungesetzlicher Gewalt das unbedingteste Recht und selbst eine Pflicht des Bür-

gers sei, so wird natürlich ein Schadenersatz aus dieser Handlung, welche zur Zeit des Urtheils durch das öffentliche Rechtsbewußtsein als eine verdienstliche anerkannt wird, nicht mehr zugesprochen werden können. Und als eine sinnfällige argumentatio ad hominem für die Unrichtigkeit des Satzes, daß es bei der Obligation aus Delicten stets auf das Gesetz zur Zeit der Handlung ankommen müsse, kann dies Beispiel allerdings dienen.

Allein nicht in der Besonderheit dieses schneidenden Uebergangs von schlecht zu gut, vom Delict zur Pflicht, liegt der prohibitive Charakter des neuen Gesetzes. Dieser ist vielmehr stets vorhanden, wo durch ein neues Gesetz nicht nur die auf eine delictartige Handlung gesetzte Strafe, sondern auch der aus ihr hervorgehende Civilanspruch aufgehoben wird, wo also der Kreis der individuellen Rechtsbefugniß dahin erweitert worden ist, daß eine früher unerlaubte Handlung jetzt als innerhalb desselben fallend angesehen wird. Denn es ist dann zur Zeit des Urtheils kein Delict mehr vorhanden, aus dessen Dasein heraus allein die Verurtheilung erfolgen kann.[1]) Es treffen dann die Ausführungen der §§. 7 und 8 ein, daß nach dem neuen Gesetze aus diesem Rechtsgrund schlechterdings nichts mehr erworben werden kann und also ein Prohibitivgesetz[2]) erster Klasse (S. 253 fg.) vorliegt, von dessen Eintreten auch alle bereits entstandenen Verhältnisse — solange der bestimmte juristische Erwerbungsgrund bei ihnen noch in Betracht kommt — getroffen werden.

---

1) Selbstredend wendet sich das Obige ebenso sehr auf die eigentlichen Delicte, wie auf die delictartigen Handlungen (Quasidelicte) an und greift ferner ebenso sehr wie bei der durch das neue Gesetz bewirkten qualitativen Aufhebung des Schadenanspruchs, auch bei seiner quantitativen Verminderung platz, wenn z. B. statt quanti interest nur noch damnum emergens ersetzt werden soll, oder auch statt des mittelbaren Schadens nur noch unmittelbarer u. s. w. Diese quantitativen Bestimmungen des Schadenersatzes stellen sich von selbst als qualitative Aufhebungen der bestimmten Ersatzpflichtigkeit gewisser Handlungen dar.

2) Wenn wir hier von Prohibitivgesetz reden, so versteht sich wieder von selbst, daß dasselbe nicht ein ausdrückliches zu sein braucht. Die Abschaffung eines bestehenden Schadenersatzgesetzes, oder die Consacrirung neuer Rechtsgrundsätze, durch deren Consequenz die den Anspruch bisher begründenden aufgehoben werden, enthält von selbst nothwendig und vollständig die rechtliche Negation, von der wir sprechen.

Die hängige Klage kann daher um so weniger irgendein Bedenken erregen, als alle durch sie wie durch andere individuelle, selbst contractliche Willenshandlungen erworbenen Rechte, wie wir gesehen haben, immer nur bis auf die Zeit des Eintretens solcher Prohibitivgesetze erworben werden.

Allein es muß hier genau hervorgehoben werden, wie weit der prohibitive Inhalt des neuen Gesetzes sich erstreckt.

Offenbar geht aber — abgesehen von solchen Handlungen, die nicht Gegenstand eines Vertrags sein können — die Prohibition nicht dahin, daß Schadenersatz nicht stattfinden soll, sondern nur dahin, daß er, wie wir deshalb bereits hervorgehoben haben, dem Individuum nicht gegen seinen Willen, nicht als Ausfluß des bloßen Gesetzes auferlegt werden können soll. Die Prohibition, welche in der Abschaffung des Verbotsgesetzes enthalten ist, richtet sich also nur gegen das Dasein der Obligation *ex lege*, nicht gegen ihr Dasein *ex contractu*.

Die hängige Schadenklage würde also durch ein neues den delictartigen Charakter der Handlung aufhebendes Gesetz nicht beseitigt werden, wenn die Schadenaction nicht blos durch das Gesetz, sondern auch noch durch eine freiwillige Verpflichtung des beschädigenden Individuums begründet wäre. Denn gegen letztere richtet sich die in dem neuen Gesetz (oder in der Aufhebung des frühern Gesetzes) liegende Prohibition gar nicht; auch das durch die Klageanstellung erworbene Recht würde also bestehen bleiben.

In der That aber wäre das erworbene Recht gar nicht erst durch die Klageanstellung, sondern schon vorher durch jede stillschweigende oder ausdrückliche Acceptation jener freiwilligen Verpflichtung gegeben. Mit andern Worten: Wir haben hier den Grund entwickelt, warum es für die als Verletzung eines Vertragsverhältnisses erscheinende Culpa und die darauf gestützte Schadenklage immer nur auf das Gesetz zur Zeit des Contracts, und nur für die selbständige (aquilische) culpa auf das spätere Gesetz zur Zeit der Klage, resp. des Urtheils ankommen kann.

Denn durch die Eingehung eines Vertragsverhältnisses ist die Frage, welche diligentia die Parteien einander zu leisten haben, und für welche Handlungen oder Unterlassungen sie einander

schadenersatzpflichtig sein sollen, als durch stillschweigende Willensverfügung festgestellt zu betrachten, ebenso sehr als wären die hierüber zur Zeit bestehenden gesetzlichen Bestimmungen ausdrücklich in den Vertrag aufgenommen. [1])

Diese Unterscheidung zwischen der selbständigen und der in Vertragsverhältnissen unterlaufenden culpa rechtfertigt sich durch unsere gesammte Theorie sowie durch die Unmöglichkeit, zu unterstellen, daß die Parteien bei Eingehung des Vertrags ohne Willen über ihre gegenseitigen Rechte und Pflichten in dem eingegangenen Verhältniß gewesen sein sollten. Sie beweist sich endlich auch dadurch, daß nach römischem und preußischem Recht, bei einem in einem Vertragsverhältniß eingetretenen Versehen, wenn es auch der Art ist, daß selbst abgesehen vom Vertrage ein Rechtsanspruch entstehen würde, der Berechtigte gleichwol nicht zur aquilischen Action zu greifen braucht, sondern auch mit der Contractsklage die Ausgleichung verfolgen kann [2]), worin also die durch das Vertragsverhältniß bewirkte Umkehrung der gesetzlichen Bestimmungen in Willensbestimmungen deutlich hervortritt.

Durch unsere Beweisführung selbst ist aber zugleich schon gegeben, daß, wie auch bereits oben bemerkt, das zuletzt Gesagte nur von solchen Handlungen gilt, über welche die Privatwillkür paciscireu kann, da nur bei diesen die stillschweigende oder selbst ausdrückliche Willensbestimmung der Parteien darüber, ob und daß sie schadenpflichtig sein sollen, in Betracht kommen kann. [3]) Ist also nach dem neuen Gesetze die Handlung einerseits nicht schadenpflichtig, andererseits zugleich eine solche, die nicht Gegenstand eines Vertrags sein kann, so fällt der Anspruch noth-

1) Das Allg. Landrecht behandelt daher mit Recht wegen dieses constitutiven Unterschieds die aquilische culpa und die als Verletzung von Vertragspflichten erscheinende culpa an zwei getrennten Orten, letztere in Thl. 1, Tit. 5, §§. 277—291, erstere in Thl. 1, Tit. 6.

2) Siehe Koch, Lehrbuch, Bd. 1, §. 142; Hiersemenzel, Vergleichende Uebersicht des Röm. und Preuß. Privatrechts, I, 133.

3) Vgl. z. B. Allg. Landrecht, Tit. 5, Thl. 1, §. 298, über die Conventionalstrafe: „Ist eine Handlung zur Strafe gesetzt, welche selbst kein Gegenstand eines Vertrags sein kann, so ist die Verabredung, insofern sie die Strafe betrifft, nichtig."

wendig fort, auch wenn die den Schaden veranlassende Handlung oder Unterlassung in einem Vertragsverhältnisse eingetreten ist.

In dem Vorstehenden ist die Frage nach ihren allgemeinen Grundlinien erschöpft, ob und wenn dolose und culpose Delicte in Bezug auf die aus ihnen entspringende Obligation nach den Gesetzen zur Zeit der Handlung oder nach denen zur Zeit der Klage und resp. des Judicats zu beurtheilen sind. Wenn man die Ursachen des bisher allgemein üblichen Irrthums aufsucht, daß es für die Obligationen aus Delicten immer nur auf die Gesetze zur Zeit der Handlung ankomme, so liegt diese Ursache unter anderm wol besonders auch darin, daß im Römischen Recht überall die Obligationen aus Delicten mit denen aus Contracten zusammengestellt werden. Aber hierbei ist dann übersehen, daß diese Zusammenstellung nicht eine Gleichstellung, sondern vielmehr eine Gegenüberstellung ist.

Die römische Eintheilung der Obligationen in Obligationen ex contractu, ex quasi contractu und ex delicto hat den wahrhaften Gedanken in sich, obgleich dieser noch nicht in sich selbst durchsichtiger Form auftritt. Sie beruht gerade auf dem Gedankengegensatz der Verpflichtung durch die eigene Willensbestimmung und der Verpflichtung durch das Gesetz, eine Eintheilung, bei welcher dann die aus dem vorausgesetzten Willen der Person entspringenden Obligationen — die Obligationen quasi ex contractu s. oben §. 2, C. — mit Recht als eine Erweiterung zu den Obligationen ex contractu hinzutreten. Weil der Gedanke dieser Eintheilung noch nicht sich selbst durchsichtig geworden ist, tritt er noch in großer Aeußerlichkeit auf. Es gibt für sich nicht leicht etwas Aeußerlicheres und Unbeholfeneres als das in den römischen Rechtsquellen überall auftretende Argument, weil eine Obligation nicht ex contractu noch ex delicto entspringe, so müsse sie quasi ex contractu entspringen, oder weil sie nicht ex contractu sei, so müsse sie quasi ex delicto sein.[1])

---

1) z. B. Inst. pr. de obligat. (3, 27): „Post genera contractuum enumerata dispiciamus etiam de iis obligationibus, quae non proprie quidem ex contractu nasci intelliguntur, sed tamen, *quia non ex maleficio* substantiam capiunt, *quasi ex contractu* nasci videntur"; und das. §§. 3, 5, oder Inst. pr. de oblig. quae quasi etc. (4, 5): „Si judex litem suam

Allein es wird stets dabei das Richtige getroffen, weil es der von uns entwickelte Gedanke ist, welcher das zu Grunde liegende und in der praktischen Anwendung immer festgehaltene[1]) Princip der Eintheilung bildet. Näher betrachtet, liegt endlich in diesem stets wiederkehrenden Argument, daß, wenn eine obligatio nicht ex maleficio sei, sie ex contractu sein müsse und umgekehrt, gerade das Bewußtsein des directen Gegensatzes, in welchem beide Arten von Obligationen zueinander stehen, und eben dieser Gegensatz ist es gerade, welcher, wie entwickelt worden, bei den Delictobligationen als solchen, die nur aus dem Gesetze herfließen, für den Gesetzwechsel die entgegengesetzte Behandlung von den Contractsobligationen nothwendig zur Folge haben muß. Auch sind die römischen Rechtsquellen selbst weit entfernt davon, den von uns gerügten Irrthum zu theilen. Als Beweis kann der Ausspruch Ulpian's dienen[2]), daß, wenn der tödtlich verwundete Sklave freigelassen und zum Erben erklärt worden und dann gestorben ist, die aquilische Action von seinem Erben nicht erhoben werden könne. „Quia", fügt die L. 16 daselbst aus Marcian hinzu, „in eum casum res pervenit *a quo incipere non potest.*"[3]) Käme es bei der Delictsobligation, wie bei den contractlichen, auf das Gesetz zur Zeit der Handlung an, so müßte der von dem Herrn erworbene und von ihm auf den Sklaven und den Erben desselben vererbte aquilische Anspruch nach wie vor einklagbar sein. Allein durch die eingetretene factische Veränderung der Freilassung liegt zur Zeit der Klage der Fall der aquilischen Schadenpflichtigkeit — die Tödtung eines Sklaven

---

fecerit, non proprie ex maleficio obligatus videtur. Sed *quia neque ex contractu* obligatus est, et utique peccasse aliquid intelligitur, licet per imprudentiam, ideo videtur *quasi ex maleficio teneri.*"

1) So wird z. B. mit Recht und großer Consequenz die Verpflichtung des Erben gegen den Legatar als eine obligatio quasi ex contractu aufgefaßt (vgl. hierüber beim Erbrecht), aber dies wieder nicht aus der innern Natur der Sache entwickelt, sondern — quia *ex maleficio non est obligatus* (!!) heres, quasi ex contractu debere intelligitur, Inst. §. 5, h. t. (3, 27).

2) L. 15 ad Leg. Aquil. (9, 2): Sed si vulneratum mortifere liberum et heredem esse jusseris, deinde decesserit, heredem ejus agere Aquilia non posse.

3) Siehe oben S. 286 fg.

— gegenwärtig gar nicht mehr vor, und deshalb kann die Action nicht erhoben werden. Der Anspruch ist durch das Factum der Freilassung untergegangen.

Daß aber die rechtliche Aufhebung der Schadenpflichtigkeit jedenfalls noch stärkere Folgen haben muß, als die factische, folgt aus unsern frühern Untersuchungen von selbst (§. 10).

IV. Uneheliche Kinder.

Eine äußerst lebhafte Controverse ist durch den Art. 340 des Code civil veranlaßt worden, welcher verfügt: „La recherche de la paternité est interdite.“ Merlin meint geradezu, daß derselbe auf die vor dem Code civil geborenen unehelichen Kinder gar nicht anwendbar sei. [1]) Aber Merlin steht unter den Franzosen mit dieser Ansicht fast ganz allein. Meyer [2]) ist der Ansicht, daß jede noch nicht angestellte Klage durch diesen Gesetzartikel verhindert werden müsse, und in demselben Sinne hat der Cassationshof von Paris durch Urtheil vom 6. Febr. 1833 entschieden. [3]) Struve [4]) gibt zu, daß der Artikel seinem Wortlaut nach auch auf die bereits geborenen unehelichen Kinder bezogen werden müsse, greift ihn aber eben deshalb als einen rückwirkenden mit Heftigkeit an. Bergmann [5]) gibt zu, daß dies Verbot der Paternitätsklagen auf jeden nach dem Tage des Verbots beginnenden, dagegen aber

1) Rép. de Jurisp. v° Effet rétr., Sect. III, §. 2, Art. 7, Th. 5, S. 550 fg. Der Ansicht Merlin's pflichtete bei der Einführung des Code Napoléon in Baden das großherzogl. badische Publicationspatent bei, indem es in §. 7 die Anwendbarkeit des Kapitels über die unehelichen Kinder ausdrücklich auf die noch nicht Geborenen beschränkte.

2) Principes sur les questions transitoires, p. 206 sq.

3) Sirey, Recueil 33, I, 220.

4) Ueber das positive Rechtsgesetz u. s. w., S. 233.

5) a. a. O., S. 289.

auf keinen bereits begonnenen Proceß anzuwenden sei, eine Einschränkung, welche auch die Ansicht Weber's bildet. [1])

Savigny [2]) ist der Ansicht, daß man dies Gesetz mit Unrecht angegriffen, als ob es eine ungehörige Rückwirkung enthielte, und ebenso mit Unrecht vertheidigt, als ob es den persönlichen Zustand an sich zum Gegenstand habe. Das Gesetz, obwol es selbst die Untersuchung der Paternität verbiete und also selbst die Möglichkeit abschneide, einem unehelichen Kinde mit Ausnahme der freiwilligen Anerkennung Ansprüche gegen den Erzeuger zu verschaffen, rechtfertige sich dadurch, daß es ein mit sittlichen Zwecken in Zusammenhang stehendes Gesetz sei und als solches „augenblicklich zur Anwendung kommen müsse, ohne Rücksicht auf das Gesetz, welches zur Zeit der Erzeugung oder der Geburt des Kindes bestanden hat". Savigny äußert sich nicht darüber, ob er im Unterschied von den früher citirten Autoren dies „augenblicklich" so versteht, daß auch die schon anhängigen Paternitätsklagen der Anwendung dieses Gesetzes unterliegen müssen. Der Consequenz nach und in Wahrheit kann dies aber gar keinem Zweifel unterworfen sein. Welche Ansicht man auch über die Anwendbarkeit des Gesetzes haben möge, zwischen der bereits angestellten und noch nicht angestellten Klage des vor dem Gesetze geborenen Kindes ist keinesfalls ein Unterschied. Seinem Wortlaut nach verbietet der Art. 340 des Code civil ebenso sehr die Fortsetzung jeder bereits begonnenen und noch nicht abgeschlossenen Untersuchung über die Paternität, als er die Anstellung einer neuen verbietet. Und auch in Bezug auf die Rechtmäßigkeit des Gesetzes kann in beiden Fällen kein Unterschied sein. Denn der Anspruch des unter dem alten Gesetz geborenen Kindes ist durch das Factum der Geburt bereits ebenso erworben, wie durch die eingereichte Klage. Der Irrthum der Schriftsteller, welche zwischen beiden Fällen einen Unterschied machen, liegt darin, daß sie die Sache auffassen, als handle es sich hier blos um legale Rechte des Kindes, und nicht berücksichtigen, daß die Qualitäten der Vaterschaft und Kindschaft, weil durch das Familienrecht vermit-

---

1) Ueber die Rückanwendung u. s. w., S. 80 fg., 138 fg. Dies ist auch die Ansicht von Lassaulx, Annalen, I, 272.

2) a. a. O., VIII, 527 fg.

telt — denn hierzu müssen doch die diese Qualität und die aus ihr fließenden Rechte auf Grund der natürlichen Blutsverwandtschaft auch bei unehelichen Kindern anerkennenden Gesetze immer gerechnet werden — ebenso erworbene Rechtsverhältnisse bilden (s. oben §. 2, A. und S. 307—310), als wären sie durch individuelle Willenshandlung ergriffen, in welche sie sich in der That in letzter Instanz auflösen. [1])

Was nun die Entscheidung selbst betrifft, so würde dieselbe, wenn die Schwierigkeit nur diejenige wäre, mit welcher sich Savigny und seine Vorgänger beschäftigten, ohne weiteres aus dem §. 7 ergeben.

Wir haben es hier mit einem Prohibitivgesetz der ersten Klasse (s. S. 252 fg.) zu thun, und folglich werden durch dasselbe von dem Erscheinen dieses Gesetzes ab die Rechte auch aller bereits geborenen unehelichen Kinder sofort aufgehoben. Von Rückwirkung wegen des familienrechtlichen Erworbenseins dieser Rechte kann auf diesem Boden nicht mehr die Rede sein, da contractlich erworbene Rechte, wie wir gesehen haben, einem Gesetze dieser Gattung weichen.

Allein die wahre und eigenthümliche Schwierigkeit des Art. 340 des Code civil ist sowol von Savigny wie von seinen Vorgängern ganz unberücksichtigt gelassen worden. Diese besteht nämlich darin, daß durch dieses Gesetz nicht nur die bereits geborenen unehelichen Kinder ihre Ansprüche auf Alimente von jetzt ab verlieren, wie bei dem Wuchergesetz die Ansprüche aus frühern Contracten auf höhere Zinsen von jetzt ab verloren werden, sondern, indem jetzt jede Untersuchung der Vaterschaft verboten ist, gehen auch die Ansprüche der unehelichen Kinder auf die vor dem Erscheinen des Gesetzes erfallenen Alimente verloren, da sie nicht mehr eingeklagt werden können. Hier tritt also etwas ganz anderes und viel Weitergehendes als beim Wuchergesetz ein, wo, wie wir gesehen haben, die bis zum Tage des Gesetzes erfallenen höhern Zinsen auch fernerhin einklagbar bleiben und bleiben müssen.

Es fragt sich also, ob in dieser bisher ganz unbeachtet ge-

---

1) Daher die römische Regel: Jura sanguinis nullo jure civili dirimi possunt, L. 8 de reg. juris (50, 17).

lassenen Hinsicht [1]) eine Rückwirkung zu finden ist. — Zunächst scheint dies ganz unzweifelhaft. Denn es wird durch dies Gesetz nicht nur die Fortdauer des frühern Alimentenrechts beseitigt, sondern es werden auch die Forderungen unklagbar, welche während der Zeit des alten Gesetzes und also in Uebereinstimmung mit der Rechtsnorm ihrer Zeit in Wirklichkeit getreten waren (vgl. §§. 7. und 10). Auch die Einwendung, es würde durch dies Gesetz nicht der Anspruch, sondern nur die Action aufgehoben, würde nichts ändern. Denn natürlich stellt es noch handgreiflicher, als der umgekehrte Fall, eine vollständige Rückwirkung dar, wenn Forderungen, die zur Zeit ihrer Entstehung mit dem Civilzwang bekleidet waren, durch ein späteres Gesetz zur bloßen Verpflichtung des naturalen Willens (obligatio naturalis) nachträglich herabgesetzt werden (vgl. S. 138—152 und §. 11).

Allein bei genauerer Betrachtung muß gesagt werden, daß der Art. 340 des Code civil weder einen Anspruch, noch eine Action zerstört. Alles, was er thut, ist vielmehr, daß er eine oder einige Arten von Beweis in einem bestimmten Rechtsgebiet für absolut unzulässig erklärt, und es tritt daher hier das ein, was wir S. 270 fg. entwickelt haben. Der Art. 340 löst sich in einen solchen auf, welcher verfügt: „Es soll kein anderer Beweis der Vaterschaft mehr zulässig sein, als der Beweis durch authentischen oder Geburtsact" (durch reconnaissance, vgl. Art. 334 des Code civil). Daß der Art. 340 keinen Anspruch und keine Action zerstört, läßt sich dadurch klar beweisen, daß, wenn in einem beim Erscheinen dieses Gesetzes anhängigen Processe die Paternität durch ein Zwischenurtheil bereits festgestellt wäre, dasselbe, da jetzt eine Recherchirung der Paternität nicht mehr erforderlich, der Zubilligung von Alimenten durchaus nicht im Wege stehen würde, wie denn auch der Cassationshof von Paris durch Urtheil vom 13. Juli 1826 entschieden hat, daß dann keine recherche de la paternité vorläge, wenn die Richter nur erklärten, daß die Vaterschaft durch öffentliche Acte constatirt sei.

---

1) Diese Hinsicht ist auch nicht identisch mit der Unterscheidung der eingeleiteten und noch nicht eingeleiteten Klage. Denn bei Erscheinen dieses Gesetzes sind die Alimentenansprüche aus der Vorzeit, wenn auch noch keine Klage eingeleitet war, darum nicht weniger erfallen.

Daß aber das Kind durch das Factum seiner Geburt kein erworbenes Recht auf Zeugen und Schriftenbeweis hat, wenn das Gesetz diesen Beweis, nicht unter gewissen Fällen und Bedingungen, sondern für ein qualitatives Rechtsverhältniß überhaupt, für untergegangen erklärt und daß hierin keine Rückwirkung zu sehen ist, folgt aus dem S. 270—273 Gesagten.

V. Interpretirende Gesetze; Gesetze über Simulation; rechtliche Sanction von Sittengesetzen; Abrogation von Gesetzen als nothwendige Consequenz anderer erlassener Gesetze; Aufhebung von Gesetzen verbis aut factis. Die Conventgesetze vom 5. Brumaire und 17. Nivôse II. Die preußische Verfassung und das königliche Obertribunal.

Es ist einmüthig von Autoren und Jurisprudenz anerkannt, daß interpretirende Gesetze nicht von ihrem Erlaß ab, sondern bereits vom Tage des durch sie interpretirten Gesetzes ab wirken. Diese Rückziehung interpretirender Gesetze, welche niemals Gegenstand des Zweifels gewesen ist, bedarf nicht sowol einer neuen Rechtfertigung, als vielmehr nur einer genauen Constatirung dessen, was in ihrer Anerkennung enthalten ist.

Wenn das interpretirende Gesetz etwas neues und anderes als das interpretirte Gesetz enthielte, so würde es ein neues Gesetz sein, statt eines blos interpretirenden, und die Autoren sind ebenso einverstanden darüber, daß es in diesem Falle nicht zurückbezogen werden dürfe. Es folgt dies mit Nothwendigkeit aus dem Grunde selbst, aus welchem den interpretirenden Gesetzen jene rückgreifende Eigenschaft eingeräumt wird, und der eben nur darin besteht, daß durch solche Gesetze nichts neues verordnet, sondern

Früheres nur declarirt werde; vgl. z. B. Gayl [1]): „constitutio quando juris antiqui *declaratoria* est, concernit etiam praeterita ... et est ratio quod is qui declarat, *nihil novi* dat", wie dies bereits Ulpian [2]) ausspricht. [3])

Andererseits aber, wenn das interpretirende Gesetz nichts besagte, was nicht auch vor demselben von den Tribunalen des Landes in Bezug auf das zu interpretirende Gesetz einstimmig angenommen worden wäre, so würde gar kein Bedürfniß nach einem interpretirenden Gesetze vorhanden sein und es würde zu einem solchen gar nicht kommen.

Dieselben haben vielmehr Veranlassung und Entstehungsgrund in der Regel in den Controversen der Justiz.

Was also in dieser Anerkennung der rechtmäßigen Rückziehung interpretirender Gesetze auf die Zeit des interpretirten Gesetzes gegeben ist, ist folgendes: Auch das, was nur an sich, nicht mit ausdrücklichen Worten in einem Gesetze bereits enthalten ist, muß, wenn es zu seiner Explication gelangt, den dem Begriffe des Rechts inhärenten obligatorischen Anspruch auf Wirklichkeit schon vom Tage seines an sich im Rechte vorhandenen Daseins ab nach sich ziehen.

Es erhellt, daß und warum dieses Ansich ein ganz anderes ist als das in §. 10 (S. 314 und Note 1, S. 317) betrachtete Ansich, und ebendeshalb viel weiter greifende Folgen nach sich ziehen muß. Dort handelte es sich um ein Ansich der Rechtsidee, hier um ein Ansich des Gesetzes.

Die Rechtsidee enthält in ihrer Idealität auch das noch nicht zur Wirklichkeit, d. i. zum Recht Gewordene, das erst im Lauf der historischen Entwickelung aus ihr herausgesetzt wird. Ihr Ansich ist das noch nicht Gesetzte und kann also erst von dem Moment ab, wo es gesetzt wird, Wirklichkeit erlangen und beanspruchen.

Das hier in Rede stehende Ansich aber ist, als Ansich des Gesetzes, auch bereits ein gesetztes, und muß daher, als ein bereits gesetztes Moment der Rechtsidee, Wirklichkeit fordern; als

1) Observatt. practicae, lib. II, obs. IX, No. 6.

2) L. 21, §§. 1 u. 2, qui testam. fac. poss. (28, 1).

3) Vgl. Novelle 19 u. 12. — Voet. in Dig. tit. de legib., No. 17 et al.

an sich im Gesetz selbst enthalten, ist es bereits zur objectiven Rechtswirklichkeit (objectiv gesetzt) geworden, und seine Explication hat nicht die Bedeutung einer objectiven Entfaltung — Heraussetzen eines früher noch nicht vorhanden Gewesenen —, sondern nur die, für das subjective Bewußtsein zu declariren, was schon früher objectiv vorhanden war.

Es ist nur derselbe Gedanke, welcher sich in dem römischen Rechtssatze ausspricht: Eadem vis inest tacitis atque expressis.

Nur auf demselben Gedanken beruht auch die von Kaiser Theodosius II. erlassene L. 5 [1]), durch welche bestimmt wird, daß aus jedem Verbotsgesetz die Nichtigkeit der darin verbotenen Handlung von selbst folgen soll, gleichviel ob diese Nichtigkeit vom Gesetz ausdrücklich vorgeschrieben worden oder nicht. [2])

Und endlich beruht auf demselben Gedanken die Folge, daß, wenn ein Gesetz bestimmte Handlungen verbietet, auch die durch dasselbe nicht verbotenen Handlungen, welche aber nur zur Umgehung jenes Gesetzes — also um die im Gesetz wörtlich verbotenen Handlungen zu verstecken — vorgenommen werden, nichtig sein müssen. Es ergibt sich hieraus, daß, wenn durch ein zweites Gesetz eine gewisse Gattung von Handlungen deshalb verboten wird, weil sie eine gegen das Verbot des ersten Gesetzes gerichtete Simulation darstellen, die Wirkungen dieses zweiten Gesetzes auf die Zeit des ersten Gesetzes zurückbezogen werden, und also auch jene zwischen beiden Gesetzen vorgenommenen und jetzt für Simulationen erklärten Handlungen ungültig sein müssen.

---

1) L. 5 C. de legibus (1, 14).

2) Es wäre auch sehr irrig zu glauben, daß dies eine eigenthümliche Vorschrift des Römischen Rechts sei und ihr der den modernen Juristen sehr geläufige entgegengesetzte Grundsatz, daß keine Nichtigkeit angenommen werden dürfe, wenn sie nicht vom Gesetz ausdrücklich verhängt sei, entgegenstehe. Dieser letztere Grundsatz ist gleichfalls richtig, aber nur bei Verbotsgesetzen, die gegen die Form von Handlungen gerichtet sind, während der Grundsatz des Theodosius nur gilt für materielle Prohibitionen. Beide Grundsätze stehen sich also nur scheinbar entgegen. — Der begriffliche Unterschied von formellen und materiellen Prohibitionen ist in den §§. 7 und 10 so ausführlich entwickelt worden, daß bei einer nähern Ueberdenkung des daselbst hierüber Gesagten die Nothwendigkeit auch dieser hier constatirten Folge desselben nur dieser Andeutung bedarf, um sich sofort von selbst zu ergeben. Es mag also hinreichen zu bemerken, daß sich hierdurch der Irrthum Savigny's (System, I, 239) beseitigt.

Ein sehr klarer Fall dieser Art liegt in zwei Gesetzen des Anastasius und des Justinian vor. Anastasius hatte [1]), um einem damals sehr verbreiteten Proceßwucher zu steuern, verboten, Forderungen unter dem Nominalwerth wegen Unsicherheit derselben zu cediren. Der Verkäufer sollte, trotz der Cession, bis ihm der volle Nominalwerth ausgezahlt sei, die Actionen exerciren können. Ausgenommen von diesem Verbot wurden nur einige bestimmte Arten von Cessionen: die Cessionen unter Miterben, die zur Deckung einer Schuld gemachten Cessionen u. s. w., besonders aber die schenkungsweise geschehenden Cessionen. „Sin autem *per donationem*", sagt Anastasius, „cessio facta est, sciant omnes, hujusmodi legi locum non esse, sed antiqua jura esse servanda etc."

Aber nun umging man das Gesetz, indem man nur einen Theil der Forderung verschenkte, den andern Theil zu seinem Nominalwerth verkaufte.

Gegen diese Umgehung des Gesetzes erhebt sich nun Justinian. [2]) Da diejenigen, sagt er, welche aus Processen ihr Gewerbe machen (qui circa lites morantur), nicht geduldet hätten, daß jene wohlthätige Verordnung des Anastasius ungefälscht bleibe (in sua natura remanere minime concesserunt), sondern die Machination erfunden hätten, einen Theil der Schuld auf Verkaufstitel, den andern Theil aber per coloratam donationem zu cediren, so wolle er nun der Constitution des Anastasius zu Hülfe kommen und verordne deshalb, daß es niemand gestattet sein solle, einen Theil einer Schuld zu verkaufen und den andern zu verschenken. Vielmehr solle der Schuldner dann nur den verkauften Theil zu entrichten brauchen, von dem Rest der Forderung aber befreit sein. Und wenn Einer das Ganze zu schenken simulire, für diese Schenkung aber heimlich Geld nehme, so solle der Schuldner nur dies wirklich gezahlte Geld zu entrichten brauchen, des Restes aber ledig sein.

Hierbei erklärt nun Justinian ausdrücklich: streng gerecht wäre es zwar, dieses Remedium für die Schuldner auf die Zeit jener lex Anastasiana zurückgreifen zu lassen, welche so schlau

1) L. 22 C. mandati (4, 35).

2) L. 23 eod. tit.

umgangen worden sei. Aber damit er bei der so großen Milde seiner Regierungsepoche nicht etwas Herberes zuzulassen scheine, wolle er die Wirksamkeit des Gesetzes auf die künftigen Fälle beschränken. „Et *justum quidem fuerat*, hoc remedium debitoribus ab Anastasianis temporibus impertiri, ex quibus etiam lex data est, quam homines astute lacerandam esse existimaverunt. Sed ne videamur in tanta temporum nostrorum benevolentia aliquid acerbius admittere, in futuris post praesentem legem casibus haec observari censemus etc."

Gerade weil Justinian nicht einmal einen praktischen Gebrauch von dem macht, was er hier für recht erklärt, läßt sich um so weniger in Abrede stellen, daß er hier nicht unter dem Einfluß willkürlicher Impulse steht, sondern in dem justum quidem fuerat nur sein theoretisches Rechtsgefühl ausspricht. Ja sogar Struve, derjenige Autor, welcher in allem und jedem eine Rückwirkung zu finden pflegt, erklärt hier [1]): „und auch ich glaube, daß dieses (nämlich das Rückgreifen der in dem justinianischen Gesetz ausgesprochenen Nachtheile auf alle seit der lex Anastasiana zum Schein vorgenommenen Schenkungen dieser Art) die juristisch richtige Ansicht ist", ein Zugeständniß, dessen nothwendige Einschränkung sich uns sofort ergeben wird.

Fragen wir aber zunächst, welches die wahrhafte theoretische Begründung sowol für das in dieser justinianischen Verordnung über die Simulationen Gesagte, als für die oben erwähnte L. 5 C. de legibus (1, 14) des Theodosius ist, so ist dieselbe offenbar in §. 7 zu finden. Sie liegt nämlich in dem, was daselbst (s. bes. S. 195 fg. und S. 299, Anm. 1) über das Verhältniß des individuellen Willens zur Rechtssubstanz entwickelt worden ist. Da ein prohibitives Gesetz vorliegt, so verhält sich das allgemeine Rechtsbewußtsein negativ und ausschließend gegen den thatsächlichen Inhalt gewisser Handlungen. Derselbe kann also gar nicht in die Rechtssphäre übergehen, gar nicht zur rechtlichen Wirklichkeit und Gültigkeit gelangen, gleichviel in welche Form dieser thatsächliche Inhalt sich hülle. Wird nun durch ein späteres Gesetz eine Reihe bisher formell nicht verbotener Handlungen als eine gegen jenes Prohibitivgesetz gerichtete Simula-

1) Das positive Rechtsgesetz u. s. w., S. 58.

tion erklärt, so hat dies zweite Gesetz von selbst die Natur eines declarirenden oder interpretativen Gesetzes. Es steht jetzt fest, es ist jetzt nur zum Vorschein gekommen, daß die bestimmte bereits vorgenommene Handlung nicht erst jetzt, sondern bereits zur Zeit des prohibitiven Gesetzes in einem negativen Verhältniß zum allgemeinen Rechtsbewußtsein gestanden hat und hierdurch vom rechtlichen Dasein ausgeschlossen, also von Haus aus unwirksam war. Die angezogene lex Theodosiana läßt dies schon in ihren Eingangsworten deutlich genug heraustreten: „Non dubium est in legem committere *eum*, qui *verba* legis *amplexus*, *contra legis nititur voluntatem*."

Allein gerade aus dieser begrifflichen Rechtfertigung ergibt sich zugleich auch die Grenze, welche für das Eingreifen solcher Gesetze über Simulationen gesteckt ist, und es zeigt sich dabei, daß Justinian in der That die Wirksamkeit der L. 23 nicht auf die Zeit der L. 22 zurückgreifen lassen durfte. Denn was aus jenem — jetzt declarirten — negativen Verhältniß des allgemeinen Rechtsbewußtseins zu der individuellen Handlung wahrhaft folgt, ist, der Rechtsidee nach, immer nur die Nichtigkeit dieser individuellen Handlung, im vorliegenden Falle also der schenkungsweisen Cession. Es hat sich jetzt ergeben, daß dieselbe schon von Haus aus, bei ihrer Vornahme, durch den allgemeinen Willen ausgeschlossen war. So ist sie denn allerdings von Haus aus nichtig und, nach dem Begriff des Rechts selbst, nie zum rechtlichen Dasein gelangt, welches nur in der Conformität mit dem allgemeinen Willen besteht. Sie ist also wie nie vorgenommen. Aber ein Weiteres, größere positive Nachtheile folgen nun aus dem Begriff des Rechts keineswegs. Da die Cession wie nicht vorgenommen ist, so folgt daraus nur, daß die Forderung noch weiter, und trotz der Cession, bei dem ursprünglichen Gläubiger ruht und diesem die Action zusteht, wie dies Anastasius in der That durch die L. 22 angeordnet hatte.

Wäre Justinian hierin nicht weiter gegangen, und hätte er blos angeordnet, daß auch jene simulirten Schenkungen von Forderungen als bloße Machinationen zur Umgehung der lex Anastasiana wirkungslos sein sollten, so unterliegt es also keinem Zweifel, daß er diese Verordnung auf die Zeit jenes Gesetzes hätte zurückgreifen lassen müssen. Aber Justinian ging weiter.

Nach ihm soll jetzt auch ein Verlust des Klagrechts in Bezug auf den nicht bezahlten Theil der cedirten Forderung eintreten, und auch dem ursprünglichen Gläubiger die Action dafür nicht mehr zustehen. [1]) Dieser Verlust des Klagrechts ist eine ganz positive Bestimmung, die keineswegs aus dem Begriff des Rechts von selbst folgt, aus welcher sich nur die Ungültigkeit des durch das prohibitive Gesetz von der Rechtssphäre ausgeschlossenen Actes entwickelt. Weil also Justinian, weiter gehend als Anastasius, noch positive Nachtheile verhängte, und insoweit er dies that, konnte er das Gesetz nicht auf die Zeit des Anastasius zurückführen, und dies war unzweifelhaft der ihm nicht klar in seinen Unterschieden zum Bewußtsein gekommene Grund, der ihn trotz jenes justum quidem fuerat bestimmte, die Wirkung seines ganzen Gesetzes erst von dem Erlaß desselben eintreten zu lassen. Struve aber, der auch die Rückbeziehung der in der L. 23 „ausgesprochenen Nachtheile" für juristisch richtig hält, verfällt hierdurch unzweifelhaft in wahrhafte Rückwirkung, so sehr er dieselbe im allgemeinen durch die übertriebenste Auffassung zu vermeiden strebt.

Der gemeinsame Gedanke der Bestimmungen, die wir hier betrachtet, bestand also darin, daß auch das nur an sich in einem Gesetze schon Vorhandene, als ein stillschweigend darin Ausgesprochenes, wenn es auch erst durch eine weitere Thätigkeit der Gesetzgebung für das subjective Bewußtsein zum Vorschein kommt, doch von der Zeit jenes Ansich ab wirken muß, weil jeder im Gesetz enthaltene Gedanke schon ein gesetzter Inhalt der Rechtsidee und ihm also die Wirklichkeit unterworfen ist.

Von hier aus ergibt sich auch das Verständniß einer Stelle des Cicero, die wir bereits S. 8, Anm. 4 u. 5, angeführt haben: „In lege Voconia non est: Fecit, Fecerit; neque *in ulla* (lege) praeteritum tempus reprehenditur, *nisi ejus rei quae sua sponte scelerata ac nefaria est, ut etiam, si lex non esset, magno opere vitanda fuerit.*"

Diese Einschränkung ist es, die hier einer kurzen Betrachtung

1) Siehe §. 1 das.: „. . . et neque ei qui cedit actiones, neque ei qui eas suscipere curavit, aliquid lucri vel fieri vel remanere vel *aliquam* contra debitorem vel res ad eum pertinentes esse *utrique eorum actionem.*

bedarf. Es sei niemals, sagt Cicero, die Vergangenheit irgendeinem Gesetze unterworfen worden, außer etwa in Hinsicht auf eine solche Sache, „welche an sich selbst schändlich und nichtswürdig ist, sodaß sie, wenn das Gesetz auch nicht existirte, dennoch durchaus zu vermeiden war". In diesem Falle gibt also Cicero zu, daß ein solches späteres Gesetz auf eine frühere und damals noch durch kein Gesetz — auch nicht implicite — verpönte Handlung angewendet werden könne.

Der Gedanke, der hierin zu erblicken ist, ist folgender: Auch was durch die bloße sittliche Uebereinstimmung des Volksgeistes als schlecht, schändlich u. s. w. bestimmt ist, und obwol diese Prohibition des geistigen Innern sich noch in keinem Gesetz, weder explicite, noch implicite, Dasein gegeben hat, kann dennoch, wenn ein späteres Verbotsgesetz eintritt, so angesehen werden, als wenn durch letzteres nur die Declaration eines schon früher an sich in der Rechtssubstanz vorhandenen Inhalts (des Sittengesetzes) gegeben sei, und darum rückbezogen werden.

Es ist nicht zu leugnen, daß dieser Gedanke tief geht; denn er hat zu seinem Fundamente jene sittliche Uebereinstimmung des Volksgeistes, die auch die Grundlage alles Rechts ausmacht.

Gleichwol muß seine Gültigkeit auf die Völker des Alterthums eingeschränkt werden. Denn es wird hier die innere sittliche Einheit des Volksgeistes — das Ethos — um der zweifellosen Entschiedenheit willen, mit welcher die gesetzlich unverbotene Handlung als ihm absolut widerstrebend — schändlich, nichtswürdig u. s. w. in sich selbst — erscheint, wie eine bereits gesetzte Bestimmung angesehen und behandelt. Dies hat aber seine Zulässigkeit blos bei den Völkern des Alterthums, und auch bei diesen nur in ihrer classischen Zeit. Denn hier stellte der Volksgeist eine solche objective substantielle Gedrungenheit dar, es war in den Individuen eine solche sittliche Einheit und Uebereinstimmung des Volksgeistes lebendig und thätig, daß in der That das durch diese innere Substanz absolut Reprobirte ebenso gut als gesetzlich reprobirt angesehen werden konnte.

Ebendeshalb aber ist dies nicht mehr zulässig in den modernen Zeiten, wo Subjectivismus und Individualismus, Bildung und Skepsis u. s. w. diese in den Individuen gegenwärtige strenge Einheit und Uebereinstimmung der sittlichen Anschauungen des

Volksgeistes aufgelockert haben, das ethische Bewußtsein der zu demselben Staate gehörenden Individuen sehr häufig ein um fast ganze Weltperioden auseinanderliegendes ist, und fast immer nur durch die zufällige Verstandesbildung des Individuums mit ihren zufälligen Mängeln und ebenso zufälligen Errungenschaften, statt durch jenes allgemeine Volksethos bestimmt wird.

Es ist hier jene Folgerung nicht mehr zulässig, weil hier eben die Grundlage derselben, die strenge gedrungene Uebereinstimmung des sittlichen Volksgeistes in dem Bewußtsein der Individuen fehlt.

Für die modernen Zeiten muß also bei der Forderung stehen geblieben werden, daß nur ein solcher Inhalt des allgemeinen Rechtsbewußtseins auf rechtliche Wirklichkeit Anspruch machen kann, der bereits — explicite oder implicite — gesetzt worden ist.

Aber wenn blos ein solcher Inhalt des allgemeinen Volksbewußtseins rechtliche Verbindlichkeit beanspruchen kann, der bereits gesetzt ist, — folgt daraus, daß er in Worten gesetzt sein muß? Oder kann er es auch in concludenten Handlungen des ganzen Volkes sein? Der Rechtsidee nach ist das letztere unzweifelhaft; denn es ist ja, wie wir sahen, eben nur dies erforderlich, daß der Inhalt des allgemeinen Rechtsbewußtseins ein herausgesetzter ist. Gesetzt und verwirklicht aber ist derselbe nicht weniger, wenn er durch Handlungen, als wenn er durch Worte, verbis aut factis, gesetzt ist. Auch liegt dies bereits als eine nicht zu beseitigende Consequenz in dem früher betrachteten, allgemein anerkannten Grundsatz, daß auch das implicite oder stillschweigend in dem Gesetz Ausgesprochene dieselbe Verbindlichkeit haben soll, wie das expressis verbis darin Gesagte. Denn als ein implicite im Gesetz Enthaltenes ist es gleichfalls nicht in Worten darin ausgedrückt, und wenn ein nicht in Worten ausgesprochener Inhalt, vermöge der Gedankennothwendigkeit, mit welcher er sich als ein stillschweigend ausgedrückter darstellen kann, rechtliche Wirksamkeit haben soll, so ist dies der Rechtsidee zufolge wiederum ebenso auch da zutreffend, wo sich dieser Inhalt vermöge derselben Gedankennothwendigkeit als ein in Handlungen des ganzen Volkes stillschweigend ausgedrückter Inhalt des allgemeinen Rechtsbewußtseins ergibt.

Julian entscheidet dies daher in der principiellsten und rich-

tigsten Weise wie folgt [1]: „Nam quum ipsae leges nulla alia ex causa nos teneant, quam quod judicio populi receptae sunt, merito et ea quae sine ullo scripto populus probavit, tenebunt omnes; nam quid interest, *suffragio* populus *voluntatem suam declaret* an *rebus ipsis et factis*? Quare rectissime etiam illud receptum est, ut leges non solum suffragio legislatoris, sed etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur." „Denn da uns die Gesetze selbst aus gar keiner andern Ursache verpflichten, als weil sie durch die Entscheidung des Volkes angenommen worden sind, so werden mit Recht auch solche uns alle verpflichten, welche das Volk ohne irgendein Schriftstück gebilligt hat; denn was ist für ein Unterschied, ob das Volk durch Abstimmung seinen Willen erklärt oder durch Thatsachen selbst und Handlungen? Weshalb auch völlig richtig angenommen worden ist, daß die Gesetze nicht blos durch das auf einer Stimmtafel abgegebene Votum des Gesetzgebers, sondern auch durch die stillschweigende Uebereinstimmung Aller abgeschafft werden."

Aber diese principielle Folgerung des Begriffs kommt nicht nur bei dem Gewohnheitsrecht zur Anwendung, das allerwärts unter ihrer Einwirkung sich gebildet und verändert hat, sondern ebenso sehr in Zeiten, wo von einem Gewohnheitsrecht nicht mehr die Rede ist, bei jenen plötzlichen und ruckweisen Uebergängen des allgemeinen Rechtsbewußtseins in einen neuen Zustand, deren die neuere Geschichte so viele erlebt hat.

Dieser begriffliche Zusammenhang ist es, den man im Auge haben muß, um die Gesetze des französischen Convents vom 5. Brumaire und 17. Nivôse II wahrhaft verstehen und beurtheilen zu können, von denen schon oben (S. 35 fg.) die Rede gewesen ist.

Bereits durch ein Decret vom 7. März 1793 hatte der Convent die Fähigkeit, in directer Linie zu testiren, für abgeschafft erklärt, um das Princip der Gleichheit innerhalb der Familie zur Durchführung zu bringen und die Fortdauer der gewohnheitsrechtlichen, statutarischen und fideicommissarischen Vorrechte der

1) L. 32, §. 1, de legibus (1, 3).

Erstgeburt und des männlichen Geschlechts, welche sich durch die testamentarischen Dispositionen hätten fortpflanzen können [1]), zu verhindern. Bald darauf ging der Convent weiter. Genöthigt, ein ganz neues Erbrecht an die Stelle des bis dahin bestehenden zu setzen, erließ der Convent zunächst das Gesetz vom 5. Brumaire und bald darauf, unter Aufhebung desselben, das Gesetz vom 17. Nivôse II, dessen erbrechtliche Grundsätze im allgemeinen in den Code civil übergegangen sind und also das noch heute bestehende Recht in Frankreich bilden.

Aber hierauf beschränkte der Convent sich nicht. Der erste Theil des Gesetzes verordnet vielmehr, daß alle seit dem 14. Juli 1789 eröffneten Erbschaften, in directer wie Collaterallinie, nach demselben Grundsatze der Gleichheit behandelt, alle seit diesem Tage errichteten Dispositionen von Todes wegen und contractlichen Erbeinsetzungen und ebenso die schon vor dem 14. Juli 1789 errichteten Testamente und Erbfolgeverträge, falls deren Urheber am 14. Juli 1789 noch am Leben waren, nichtig sein, und die auf Grund dieser jetzt vernichteten Dispositionen erledigten Erbschaften wieder eröffnet und einer gleichen Theilung unter den Kindern, Descendenten oder Collateralerben der Verstorbenen unterworfen werden sollten.

Diese Bestimmungen, welche in der That um fast fünf Jahre zurückgriffen, wurden in der Folge, wie gleichfalls bereits früher näher geschildert worden (s. oben S. 36), von der Thermidorreaction für flagrante Rückwirkungen erachtet und deshalb durch die Decrete vom 9. Fructidor III und vom 3. Vendémiaire IV und durch das Gesetz vom 18. Pluviôse V — in Bezug auf den rückwirkenden Effect und unbeschadet ihrer Wirksamkeit vom Tage des Gesetzes ab — wieder aufgehoben und die nochmalige Theilung der bereits zweimal getheilten Erbmassen verordnet. Auch haben seitdem die französischen Juristen immer zugegeben, daß jene Gesetze des Convents einer heftigen Rückwirkung anzuklagen wären. Hin und wieder sind dieselben als ein Beweis von den „Greueln" des französischen Convents angeführt worden, und in

---

1) Vgl. die Motive des Conventsdecrets vom 5. März desselben Jahres, durch welches der Convent seinem Comité einen Bericht über die égalité des partages dans les successions aufgibt.

der That scheint auf den ersten Blick die Rückwirkung auch gar nicht bezweifelt werden zu können.

Zunächst wird inzwischen jedenfalls schon soviel nicht bestritten werden können, daß der Convent durch jene Bestimmungen mindestens nicht rückwirken wollte und, indem er sie traf, nicht rückzuwirken glaubte.

Es ergibt sich dies ganz evident schon aus den Worten, in welchen der Berichterstatter dieses Gesetzes, Berlier, in seinem Bericht zu dem Decrete des Convents vom 22. Ventôse II — durch welches der Convent die durch das Nivôsegesetz entstandenen Streitfragen infolge deshalb eingegangener Petitionen erledigte — die Absicht des Convents ausspricht: „Le règne de la nature et de la raison", sagt Berlier, „avait pris naissance le 14 Juillet 1789; faible encore à cette époque, il ne s'était, il est vrai, élevé à sa hauteur que depuis, mais il avait commencé dès ce temps; *et sans rétroagir* vous avez voulu faire accorder les effets avec leur cause; vous avez proclamé que les biens acquis à titre gratuit depuis cette grande époque devaient être partagés selon les règles que vous avez prescrites contre ceux que la nature désignait pour les recueillir et vous avez écarté les obstacles qui pouvaient résulter des dispositions contraires, soit de l'homme, soit des statuts" (s. den Moniteur vom 25. Ventôse II).

Noch deutlicher ergibt sich aber, wie sehr der Convent von jeder Absicht, das Princip der Nichtrückwirkung zu verletzen, entfernt war, aus der Antwort, welche er selbst in dem Decrete vom 22. Ventôse II auf die vierte der daselbst vorgelegten Fragen ertheilt. Es wurde die Frage aufgestellt, ob nicht auch die vor dem 14. Juli 1789 eröffneten Erbschaften in dem Falle den natürlichen Erben zugesprochen werden sollten, wenn noch gegenwärtig ein Proceß zwischen diesen und den eingesetzten Erben über die Erbschaft schwebe. Der Convent antwortet hierauf: „Sur la quatrième question: Que l'on ne saurait s'arrêter à l'objet dont il s'agit, *sans mettre l'effet rétroactif en question*; et que *s'il n'y en a point* à dater du 14 Juillet 1789 parceque la loi *n'a fait que développer les principes proclamés dès lors par un grand peuple* qui se ressaisissait de ses droits, *l'effet rétroactif commencerait là seulement ou l'on*

dépasserait cette limite; que d'ailleurs, si la réclamation des héritiers naturels, pour ce qui appartient aux époques antérieures, était fondée, ils n'ont pas besoin du secours de la loi nouvelle, et que si elle ne l'était pas, il serait immoral d'accorder plus de faveur à celui qui a fait un mauvais procès qu'au citoyen tranquille qui a *respecté les lois de ce temps.*"

Entschiedender und stärker konnte der Convent sich nicht gegen die Absicht aussprechen, das Princip der Nichtrückwirkung auch nur „in Frage zu stellen". Und die Sorgfalt, mit welcher der Convent noch lange vor dem Thermidor ein von ihm erlassenes vergleichungsweise ganz unbedeutendes Decret widerrief, weil er glaubte, daß dasselbe mit Rückwirkung befleckt sei (s. oben S. 179), läßt die Redlichkeit der hier ausgesprochenen Absicht auch nicht in den leisesten Zweifel ziehen. Es fragt sich somit nur, ob der Convent nicht gegen seine Absicht in Rückwirkung dabei verfallen ist.

Aber die obige Ideenreihe, in deren Zusammenhang wir diese Frage zur Erörterung gebracht haben, weil sie in der That nur in diesem Zusammenhange zu begreifen und zu lösen ist, muß nun bereits das hinreichende Licht zu ihrer Entscheidung verbreitet haben.

Das vorrevolutionäre Erbrecht in Frankreich beruhte in den höhern Ständen auf dem Vorrecht der Erstgeburt und der männlichen Linie, welches sowol die französischen coutumes als die Sitten der Familie bis dahin beherrscht hatte. Es waren dies somit Privilegien, mit deren bloßer Aufhebung von selbst das auf die natürliche Gleichheit der Familienglieder gegründete Erbrecht eintrat, welches der Convent in dem Nivôsegesetz verwirklichte; die prohibitive Aufhebung dieser Privilegien, ihre Beseitigung durch ein zwingendes Gesetz, war nothwendig durch das mit der französischen Revolution eingetretene neue Rechtsbewußtsein der Nation gegeben, welches die Rechtsgleichheit in zwingender Weise zu seinem Inhalt hatte. Es fragte sich nur, wenn war diese Umwendung des allgemeinen Bewußtseins der Nation in die Wirklichkeit herausgesetzt und also zum Rechte geworden, sodaß von nun an die entgegenstehenden individuellen Handlungen, als gegen den zwingenden und in die

Rechtssphäre — die Wirklichkeit — hineingesetzten allgemeinen Willen angehend, sich dadurch als nichtige, und zwar schon zur Zeit ihrer Vornahme nichtige, charakterisirten?

Und hier sehen wir nun in dem Convent den von Julian ausgedrückten Gedanken thätig, daß es gleich sei, ob das Volk verbis aut factis, durch Worte oder durch Handlungen, seinen Willen an den Tag gelegt habe. Und wir müssen es wiederholen, es ist in der That der Rechtsidee nach nicht der geringste Unterschied zwischen beidem. Denn zum Begriffe des Rechts gehört nur, daß der Volksgeist einen geistigen Inhalt als Gegenstand seines Willens in die Rechtssphäre, d. i. die Wirklichkeit, gesetzt habe. Dies kann aber unter Umständen nicht weniger bestimmt und energisch als durch Worte durch die thatsächliche Zertrümmerung eines Rechtszustandes geschehen, die ein Volk vornimmt.

Durch den Bastillesturm — dessen Datum der 14. Juli 1789 bildet — hatte das französische Volk sein den Privilegien und Vorrechten, auf welche der bestehende Zustand gegründet war, entgegengesetztes Rechtsbewußtsein der rechtlichen Gleichheit an den Tag gelegt, den bestehenden Rechtszustand der feudalen Gesellschaft zertrümmert. Hieraus folgte nicht, daß nun die Gesetze, welche die französische Revolution in ihrer Entwickelung an Stelle der bisherigen setzen mußte, sämmtlich auf den 14. Juli 1789 zurückgeführt werden konnten.

Denn fast alle Gesetze enthalten nothwendig positive und organisatorische Bestimmungen, die sich als Entwickelungen zu dem neuen Bewußtsein verhalten, und somit immerhin als ein Objectiv-Neues, das mit der Zertrümmerung des alten Rechtszustandes noch nicht gegeben ist, sondern erst durch und mit dieser Entfaltung des neuen Rechtsbewußtseins da ist und daher auch erst von da ab gelten kann. Oder mit andern Worten: die positiven Gesetze, die das neue Rechtsbewußtsein zu seiner Ausführung hervortreiben muß, sind in demselben nur als ein Keim enthalten, d. h. sie sind in ihm zwar gleichfalls als ein Ansich, aber (vgl. oben S. 443 fg.) nur als ein Ansich der Rechtsidee enthalten, noch nicht — in ihrer positiven und entwickelten Bestimmtheit — als ein gesetztes Ansich, als ein in dem schon Herausgesetzten objectiv Gegebenes. Nur wo mit

der bloßen Negation von bisher bestehenden Privilegien und Vorrechten u. s. w. ohne weiteres der Inhalt des neuen Rechtes schon vollständig gegeben war, — nur da konnte gesagt werden, daß, weil diese Negation schon durch die vom Volke vorgenommene Zertrümmerung des alten Rechtszustandes in die Rechtssphäre übertragen und zum Rechte geworden war, das neue Gesetz nur als eine Declaration Dessen erscheine, was durch jene vom gesammten Rechtsbewußtsein des Volkes selbst ausgegangene Abolition gegeben und als neues verbindendes Recht gesetzt worden sei.

In der That hat auch der Convent keines seiner Gesetze auf den 14. Juli 1789 zurückgeführt, mit alleiniger Ausnahme der im Gebiet des Erbrechts von ihm erlassenen, weil er diese als einen mit der bloßen Negation der Bevorrechtigungen von selbst durch die natürliche Gleichheit der Familienglieder gegebenen Rechtsinhalt ansah.

So sehen wir diese philosophische Versammlung erklären, daß ihre Erbgesetze nur die Declaration der Principien enthalte, welche das Volk selbst durch den Bastillesturm proclamirt und zum Rechte erhoben habe. — Will man bei den heutigen Franzosen schon von einer „romanischen" Natur reden, so ist es diese objective Plastik des Gedankens in ihnen, die als romanisch anzuerkennen ist und sich auch, wie wir sahen, in der That als römischen Ursprungs ergeben hat. — Und in zweierlei Weise hat die Geschichte den Convent gerechtfertigt! Einmal dadurch, daß, wie bereits erwähnt, die erbrechtlichen Grundsätze des Nivôsegesetzes unter dem ersten Kaiserthum, wie sogar unter der Restauration, und wieder unter der Julidynastie und dem zweiten Kaiserthum in unangefochtener Herrschaft geblieben sind, und sich hierdurch also am deutlichsten als ein nothwendiger und zwingender Inhalt des mit der Revolution in Frankreich zur Herrschaft gekommenen Rechtsbewußtseins der modernen französischen Gesellschaft bethätigt haben. Zweitens aber dadurch, daß alle Geschichtschreiber, deutsche wie französische, reactionäre wie revolutionäre, philosophische Werke wie die gewöhnlichen Handbücher die französische Revolution vom 14. Juli 1789 datiren! Sie alle stimmen also hierdurch darin überein, daß der Umschwung des Rechtsbewußtseins der französischen Nation von diesem Vor-

gang ab zu datiren und er in ihm auf entscheidende Weise an den Tag gelegt worden sei! Sie alle stimmen also indirect darin überein, den Convent gegen jeden Vorwurf der Willkür wegen der Herbeiziehung dieses Tages für die Datirung des neuen Rechtsbewußtseins der französischen Gesellschaft zu bewahren! [1])

Selbstredend kehrt die Natur dieses begrifflichen Verhältnisses bei allen ruckweisen Aufhebungen eines bestehenden Rechtszustandes und häufig in Fällen von noch größerer Urgenz zurück, wenn die Frage auch nicht überall mit derselben Gedankenentschiedenheit, wie von jener philosophischen Versammlung gelöst wird.

---

1) Eine höchst interessante, obgleich überraschenderweise niemals gezogene Parallele zu diesen Conventsgesetzen, und einen merkwürdigen Beweis, welche Begeisterung jedem Gleichheitsgedanken eigen ist, sogar wenn er in die Seele eines byzantinischen Tyrannen fährt, gewähren die Verordnungen Justinian's über das Erbrecht der Armenier, Edictum III, u. vgl. Nov. XXI. Bei den Armeniern existirte nämlich das, wie Justinian sich ausdrückt, „barbarische und insolente Gesetz", daß nur die Söhne, nicht die Töchter, zur älterlichen Intestaterbfolge berufen sein sollten. Wie der Convent durch die revolutionäre Idee der Gleichheit der verschiedenen Stände, so ist Justinian durch den Einfluß der christlichen Idee der Gleichheit der Geschlechter gegen dieses Privilegium empört. Er schildert mit Indignation (s. die Präf. zur Novelle), daß dieses Gesetz dem Weibe eine Stellung bereite, „als wäre es nicht von Gott geschaffen und als trüge es nichts zur Kindererzeugung bei, sondern als sei es ein verächtliches — —, dem keinerlei Ansehen zuzukommen habe". Er erklärt dies für eine „Verachtung der Natur" (οὕτως ἀτιμασάντων τὴν φύσιν), und ganz wie der Convent erklärt er, daß er an Stelle dieser Ungerechtigkeit, die Grundsätze der natürlichen Gleichheit, bei ihnen zur Geltung bringen wolle (Edict.: — τῆς προτέρας ἀπαλλάξαντες ἀδικίας . . . καὶ δοῦναι αὐτοῖς ἰσότητα τὴν πρέπουσαν), weshalb nun das zwischen Sohn und Tochter nicht unterscheidende römische Erbrecht auch bei den Armeniern zur Anwendung kommen soll. Aber nicht vom Erlaß dieses Edicts ab, sondern dasselbe soll, wie Justinian verordnet, wirken „vom Beginn seiner frommen Regierung", und alle seitdem bei den Armeniern eröffneten Erbschaften in Gemäßheit desselben regulirt werden (außer wenn die Parteien bereits transigirt hätten).

Wie es scheint, will, wie der Convent vom Bastillesturm, so Justinian von seinem Regierungsantritt ab das Dasein eines neuen Rechtsbewußtseins, eine neue Weltperiode datiren! Aber die Geschichte hat ihm hierin nicht recht gegeben, wie überhaupt der bloße Regierungsantritt eines Mannes an und für sich keine Volkshandlung ist und daher auch kein neues Volksbewußtsein an den Tag legen kann, weshalb die unzulässige Rückwirkung der Justinianischen Verordnung keinem Zweifel unterliegen kann.

So war in Preußen am 18. März 1848 eine Revolution eingetreten. Die absolute Gewalt der Krone war aufgehoben und eine constituirende Versammlung war einberufen worden, um den neuen constitutionellen Zustand festzustellen. Es war natürlich, daß durch eine so totale Umwälzung des politischen Rechtszustandes, wie sie die Aufhebung der absoluten Monarchie darstellt, manche bisher durch das Strafgesetz verpönte Handlungen politischer Natur aufhören mußten ein Verbrechen zu bilden, indem sich jetzt der rechtliche Begriff des Hochverraths, der Verpflichtung zum Gehorsam gegen die Beamtengewalt u. s. w. geändert hatte. Solche Strafgesetze waren also als durch den bereits zur rechtlichen Wirklichkeit gewordenen Volkswillen abrogirt anzusehen, wenn auch der Erlaß eines neuen Strafgesetzbuches erst in mehr oder weniger geraumer Zeit erfolgen konnte. Nichtsdestoweniger wurden schon in den ersten Monaten nach dem März auf Grund solcher Strafgesetzartikel politische Verfolgungen eingeleitet, die später, im November 1848, in den politischen Processen gegen die Mitglieder der Nationalversammlung und deren Anhänger ihren Höhepunkt fanden. Die Berufung auf die mit der Märzrevolution eingetretene Umänderung des Oeffentlichen Rechts, und somit auf jene hierdurch von selbst gegebene Abolition der strafrechtlichen Verbote gewisser politischer Handlungen, bereitete den Tribunalen Verlegenheit, blieb aber in der Regel ohne Erfolg. Hierbei muß erwähnt werden, daß allerdings in denjenigen Landestheilen Preußens, welche unter der Herrschaft des Allg. Landrechts stehen, ein besonderer Umstand hinzutrat. Das Allg. Landrecht enthält nämlich in §. 59 der Einleitung die Verfügung: „Gesetze behalten so lange ihre Kraft, bis sie von dem Gesetzgeber ausdrücklich wieder aufgehoben werden.“ Das Allg. Landrecht hat somit hier eine Vorschrift, welche der vom Römischen Recht anerkannten Folgerung der reinen Rechtsidee, daß es gleich sei, ob ein Gesetz verbis aut factis aufgehoben worden, ausdrücklich entgegensteht. Einerseits ergingen jedoch solche Entscheidungen der Tribunale auch in solchen Landestheilen Preußens, wo das Allg. Landrecht nicht galt (z. B. in der Rheinprovinz), andererseits wäre eben zu untersuchen gewesen, ob nicht der in einem absoluten Staate allerdings sehr begreifliche §. 59 des All. Landrechts selbst

durch die Umwandelung des öffentlichen Rechtszustandes für insoweit abrogirt zu erachten sei. —

Es ist übrigens klar, daß, wo ein Gesetz wie der §. 59 der Einleitung zum Allg. Landrecht besteht, durch dasselbe immer nur die durch Handlungen erfolgende Aufhebung von Gesetzen, nicht die, obwol implicite, aus einem Gesetz sich ergebende Aufhebung früherer Gesetze ausgeschlossen wird. Denn in dieser Hinsicht gilt unter allen Gesetzgebungen der früher bezogene Grundsatz, daß das explicite und das implicite in einem Gesetze Gesagte von gleicher Kraft und Verbindlichkeit sei. Jener §. 59 hat daher die preußischen Tribunale auch niemals verhindert, frühere gesetzliche Bestimmungen durch eine implicite in einem spätern Gesetz enthaltene Abrogation für abgeschafft zu erachten.

Noch weniger ist natürlich der Gesetzgeber durch den §. 59 gehindert — es klingt lächerlich, dies erst zu sagen —, eine Gattung bestehender Rechte oder eine Gesammtheit bestehender Gesetze ausdrücklich aufzuheben. Wird eine solche Gattung oder Gesammtheit vom Gesetzgeber für aufgehoben erklärt, so sind natürlich auch die einzelnen zu derselben gehörenden Rechte oder Gesetze aufgehoben. Es ist hier nicht einmal von einer impliciten Aufhebung die Rede. Denn eine solche liegt nur da vor, wo die Negation bestehender Rechte oder Gesetze überhaupt nicht durch den unmittelbaren Wortlaut eines spätern Gesetzes ausgesprochen ist, sondern sich nur durch die logische Consequenz des in dem Gesetze ausgesprochenen Gedankens ergibt. Wo aber diese Negation einer bestehenden Gesammtheit von Rechtsbestimmungen durch den unmittelbaren Wortlaut eines Gesetzes gegeben ist, da sind alle in diesen unmittelbaren Wortlaut hineinfallenden Bestimmungen ausdrücklich, nicht implicite, aufgehoben. Wenn der Gesetzgeber z. B. verordnete: „das Allg. Landrecht ist aufgehoben", so sind alle einzelnen zu demselben gehörigen Bestimmungen nicht implicite, sondern sehr explicite aufgehoben.

Einen so tautologischen Satz also wie diesen: daß der §. 59, welcher besagt, daß Gesetze so lange in Kraft bleiben, bis sie vom Gesetzgeber ausdrücklich aufgehoben werden, keinesfalls besagen will und kann, daß ein bestimmtes einzelnes Recht oder eine

bestimmte Gattung von Rechten auch nach ihrer ausdrücklichen gesetzgeberischen Abolition noch in Kraft bleiben sollen, — einen solchen Satz überhaupt erst auszusprechen, kann, wie gesagt, höchst müßig und sehr lächerlich erscheinen.

Auch würde in der That hierzu nicht der geringste Anlaß vorgelegen haben, wenn nicht merkwürdigerweise dieser bis zur Plattheit einfache Satz vom königl. Obertribunal in Bezug auf die preußische Verfassung durch eine „constante Jurisprudenz" geleugnet worden wäre. Es ist dies jene „constante Jurisprudenz", auf welche in einer bereits oben (S. 48, Note 1) angeführten Aeußerung von dem Vicepräsidenten des Obertribunals, Hrn. Dr. Götze, Bezug genommen worden ist.

Der Art. 4 der preußischen Verfassung vom 5. Dec. 1848 und resp. vom 31. Jan. 1850 hatte die bis dahin bestehenden Standesvorrechte — d. h. das Dasein von Unterschieden im Rechte zwischen den Angehörigen verschiedener Stände — auf die ausdrücklichste und unzweifelhafteste Weise negirt mit den Worten: „Alle Preußen sind vor dem Gesetz gleich. Standesvorrechte finden nicht statt." Noch zum Ueberflusse hatte der Art. 109 hinzugefügt: „. . . alle Bestimmungen der bestehenden Gesetzbücher, einzelnen Gesetze und Verordnungen, welche der gegenwärtigen Verfassung nicht zuwiderlaufen, bleiben in Kraft, bis sie durch ein Gesetz abgeändert werden."

Es war hierdurch also, obwol dies ohnehin selbstredend gewesen wäre, ausdrücklich verordnet, daß alle solche einzelnen gesetzlichen Bestimmungen, welche den Grundsätzen der Verfassung zuwiderliefen, hierdurch außer Kraft gesetzt sein sollten.

Zu den frühern Standesvorrechten des Adels gehörte nun auch dies, daß Weiber „aus dem Bauer- oder geringeren Bürgerstande" keine Ehe zur rechten Hand mit Männern von Adel sollten schließen können (Allg. Landrecht, II, I, §. 30—33), und daß nach §. 940 daselbst solche Ehen, „welche die Gesetze wegen Ungleichheit des Standes verbieten", wenn sie ohne die erforderliche Dispensation geschlossen würden, nichtig sein sollten.

Man hätte somit glauben sollen, daß dieses Standesvorrecht, Rechtsungleichheit auf Grund von Standesunterschieden,

durch den Art. 4 der Verfassung aufgehoben sei. So glaubten auch einstimmig alle Instanzgerichte, und auch das Obertribunal glaubte in einem Urtheil aus dem Jahre 1851 so, wie wir an dem bereits bezogenen Ort (S. 48) gehört haben. Allein das Obertribunal war damals, wie uns sein Vicepräsident und Chefpräsident daselbst sagten, nur noch nicht „orientirt“ genug. Es unterließ nicht, sich besser zu „orientiren“, und kam nun zu dem Schluß, daß die durch die Verfassung vernichteten standesrechtlichen Unterschiede — für fortbestehend zu erachten seien!

Die Analyse der betreffenden Obertribunalurtheile bietet insofern kein wissenschaftliches Interesse dar, als die in Rede stehende Frage durchaus nicht einmal fähig ist, irgendwie als fraglicher Natur zu erscheinen. Nicht die größte Sophistik vermag ihr im geringsten diesen Anstrich zu geben. Ebendeshalb ist sie aber nicht einmal einer wahrhaft wissenschaftlichen Behandlung fähig, sondern gehört zur Competenz des gemeinsten gesunden Menschenverstandes. Jeder, der weiß, daß, wer da sagt, ein Tisch sei schwarz, dadurch zugleich auch sagt, er sei nicht weiß, und wer da sagt ein Dutzend Aepfel, dadurch auch sagt zwölf einzelne Aepfel, jeder solche weiß auch, daß, wenn der Gesetzgeber sagt: „Standesvorrechte finden nicht statt“, er dadurch auch sagt, daß alle einzelnen aus Standeseigenschaften herfließende Vorrechte und Exemtionen aufgehoben sein sollen.

Insofern also wäre eine Erörterung dieser Frage unter der Würde der Wissenschaft.

Da es aber für die Urtheile eines obersten und keiner Censur mehr unterworfenen Gerichtshofes keine andere Controle gibt, als die Censur der Wissenschaft, so halten wir es für eine Pflicht wissenschaftlicher Werke, diese Controle zu üben und solchen Urtheilen wie die erwähnten eine Denksäule zu errichten, die ihr Gedächtniß um so länger verewigt, je länger die betreffenden Werke durch ihren wissenschaftlichen Werth Anspruch auf Existenz zu behaupten vermögen.

Es mag also hier eine kurze Analyse der Gründe folgen, auf welche das Obertribunal die in Rede stehenden Entscheidungen durch Urtheil vom 25. Nov. 1853 (Entscheidungen, Bd. 26, S. 351 fg.), Urtheil vom 24. Nov. 1856 (Entscheidungen, Bd. 34, S. 179 fg.) u. a. gestützt hat. Das Obertribunal geht in

dem letzten, ganz übereinstimmend mit dem erstern, aber noch ausführlicher motivirten Urtheil von dem Satz aus (Bd. 26, S. 180): „Gesetze behalten so lange ihre Kraft, bis sie von dem Gesetzgeber ausdrücklich wieder aufgehoben werden. Diese, im Wesen des Gesetzes begründete und aus der Natur der Sache mit Nothwendigkeit hervorgehende Bestimmung des §. 59 der Einleitung zum Allgemeinen Landrecht hat in dem Art. 109 der Verfassungsurkunde vom 31. Jan. 1850 insofern eine neue Bestätigung und Anerkennung gefunden, als es darin heißt: „Alle Bestimmungen der bestehenden Gesetzbücher, einzelnen Gesetze und Verordnungen, welche der gegenwärtigen Verfassung nicht zuwiderlaufen, bleiben in Kraft, bis sie durch ein Gesetz abgeändert werden."

Daß der angezogene §. 59, der nur die Aufhebung der Gesetze durch Handlungen[1]) ausschließt, nicht aber die implicite durch andere Gesetze geschehende, geschweige denn, wie hier, die ausdrücklich generisch-verordnete, ist oben (S. 459) gezeigt worden. Besonders unglücklich ist aber die Berufung auf den Art. 109 der Verfassung zu nennen. Denn in diesem wird ja vielmehr direct gesagt, daß, was freilich auch von selbst klar gewesen wäre, alle einzelnen Verordnungen der bestehenden Gesetzbücher, wenn sie auch nicht unter Citirung von Paragraph und Datum aufgehoben seien, dennoch außer Kraft gesetzt sein sollten, wenn sie der Verfassung und ihren Bestimmungen zuwiderliefen.

Das Urtheil fährt fort: der Appellationsrichter gehe nun offenbar zu weit, wenn er annehme, daß jenes landrechtliche Eheverbot durch den Art. 4 der Verfassung: „Alle Preußen sind vor dem Gesetz gleich, Standesvorrechte finden nicht statt" — wirklich aufgehoben sei. „Der Wortlaut steht dem geradezu entgegen." Der Wortlaut lautet allerdings nicht: die Standesvorrechte sind aufgehoben, sondern sie „finden nicht statt". Da sie aber bis dahin stattfanden und jetzt vom Gesetzgeber für nicht mehr stattfindende erklärt werden, was nur durch ihre Aufhebung bewirkt werden konnte, so sollte man schon bei sehr mäßiger

1) Seiner unmittelbaren Absicht nach ist er gegen die Aufhebung der Gesetze per desuetudinem gerichtet.

Logik allerdings meinen, daß auch nach dem unmittelbaren Wortlaut des Art. 4 das Aufgehobensein der Vorrechte in ihm ausgesprochen sei.

Das Obertribunal erwägt weiter: „Es kann sich wol immer nur fragen: ob jene Vorschrift (des Allgemeinen Landrechts) mit den Grundsätzen der revidirten Verfassung etwa dergestalt im Widerspruch steht, daß sie mit der letztern unvereinbar erscheine und deshalb mit der Emanation der gedachten Verfassungsurkunde als mittelbar außer Kraft gesetzt zu betrachten sei. Indessen auch dies ist zu verneinen. Auf die Eingangsworte des Art. 4: «Alle Preußen sind vor dem Gesetze gleich», kommt es hierbei weniger an. Sie stellen überhaupt keinen neuen staatsrechtlichen Grundsatz auf und sagen in der That nicht mehr, als schon das Allgemeine Landrecht in §. 22 der Einleitung mit den Worten ausdrückt: «die Gesetze des Staats verbinden alle Mitglieder desselben ohne Unterschied des Standes, Ranges und Geschlechts».“

Aber schon bei dieser Gleichstellung ist das Obertribunal in dem auffälligsten Irrthum befangen!

Daß die Gesetze des Staats für die Staatsangehörigen aller Stände verbindlich sein sollten, dieser schon im Allgemeinen Landrecht ausgesprochene Satz, welcher nur die Angehörigen aller Stände zum Gehorsam gegen die Gesetze des Staats überhaupt verpflichtet, schließt noch nicht ein, daß nicht verschiedene Gesetze für die Angehörigen der verschiedenen Stände und somit in Standeseigenschaften wurzelnde „Ungleichheit vor dem Gesetz“ in diesem Staat bestehen können sollte. Das Allgemeine Landrecht bietet selbst das beste Beispiel hierfür. Denn es geht ausdrücklich von der Grundidee aus, daß die bürgerliche Gesellschaft nicht eine in sich rechtsgleiche, d. h. einem Gesetz unterworfene Allheit von Staatsangehörigen, sondern eine Mehrheit von verschiedenen Ständen mit verschiedenem Rechte derselben bilde. Es erklärt daher sofort in Thl. 1, Tit. 1, §. 2: „Die bürgerliche Gesellschaft besteht aus mehreren kleinern, durch Natur oder Gesetz oder durch beide zugleich verbundenen Gesellschaften und Ständen“, und es definirt ausdrücklich den Stand als einen besondern Kreis von rechtsgleichen Per-

sonen [1]), wie es diesen organischen Grundsatz dann auch in den unterschiedenen Rechtsbefugnissen und Exemtionen der verschiedenen Stände verwirklicht.

Gleichheit vor dem Gesetz findet daher nach dem Allgemeinen Landrecht nicht für „alle Preußen", für welche daselbst vielmehr unterschiedene ungleiche Gesetze bestehen, sondern nur für die Glieder eines solchen Kreises (Standes) statt, wenn auch der Gehorsam gegen die ungleichen, die verschiedenen Stände mit verschiedenen Rechten befassenden Gesetze für alle Pflicht war.

Nach dem Allgemeinen Landrecht waren also die „Preußen" vor dem Gesetz ungleich. Es kam darauf an, ob man zum Adel-, Bürger-, Bauerstande gehörte, und nur die Genossen desselben Standes waren vor dem Gesetz gleich.

Dieser Ungleichheit der Staatsangehörigen vor dem Gesetz machte also die Verfassung ein Ende, indem sie in Art. 4 erklärte: Alle Preußen — also nicht mehr blos die Genossen eines besondern Standes — sind vor dem Gesetze gleich, d. h. es soll vor dem Gesetz keinen Unterschied mehr machen, welchem Stande jemand angehöre, oder die Rechtsunterschiedenheit der verschiedenen Stände soll aufgehoben sein.

Wie dies in dem unmittelbaren Wortlaut dieses Artikels mit zwingender Nothwendigkeit gegeben ist, so war es auch, wie jeder Mensch weiß, die Absicht der Verfassung, jenes Grundprincip der ständischen Gesellschaft — die Rechtsunterschiedenheit der Stände — aufzuheben zu Gunsten des modernen Grundsatzes von der Rechtsgleichheit aller Bürger, nach welchem die factischen Unterschiede von Stand, Beschäftigung u. s. w. keine rechtliche Unterschiedenheit mehr nach sich ziehen sollen.

Nach der unleugbaren nothwendigen Gedankenconsequenz des Art. 4 der Verfassung waren also allerdings bereits durch den ersten Satz: „Alle Preußen sind vor dem Gesetze gleich", die aus Standeseigenschaften hervorgehenden Rechtsunterschiede zwischen den Staatsbürgern und folglich auch die Unfähigkeit von

---

1) Das. §. 6. „Personen, welchen vermöge ihrer Geburt, Bestimmung oder Hauptbeschäftigung gleiche Rechte in der bürgerlichen Gesellschaft beigelegt sind, machen zusammen einen Stand aus."

Weibern anderer Stände zu einer Ehe mit einem adelichen Manne aufgehoben.

Der Art. 4 begnügt sich aber nicht einmal mit der impliciten Aufhebung der Standesvorrechte, wie sie aus der „Gleichheit aller Preußen vor dem Gesetz" von selbst folgt, sondern er fügt, diese hier entwickelte Folgerung mit eigenen Worten ziehend, ausdrücklich hinzu: „Standesvorrechte finden nicht statt".

Dieser ausdrücklichen Bestimmung entgegnet nun das Obertribunal (das. S. 181 fg.) mit folgenden Erwägungen: „Dergleichen allgemeine Axiome, wie sie die Verfassungsurkunde vielfach enthält, haben überhaupt, ihrer generellen Fassung wie ihrem Zwecke nach, mehr die Bedeutung, die leitenden Grundsätze für die künftige Gesetzgebung vorzuzeichnen, als sie sich schon selbst zur unmittelbaren Anwendung auf bürgerliche Rechtsstreitigkeiten eignen."

Diese Behauptung ist nicht nur eine vollständig sinnlose Erfindung, da jede Verfassung auch Gesetz sein will — und sich als solches ankündigt —, nur ein noch fundamentaleres und bindenderes Gesetz als die andern Gesetze, und am wenigsten daher auf die einem jeden Gesetz einwohnende Eigenschaft verzichtet, vom Tage seiner Emanation ab zur „Anwendung zu kommen" und die ihm entgegenstehenden Bestimmungen älterer Gesetze zu beseitigen; sondern diese Behauptung verstößt auch geradezu gegen den Art. 109 der Verfassung, welcher, indem er alle der Verfassung zuwiderlaufenden Bestimmungen der Gesetzbücher und einzelnen Gesetze für außer Kraft gesetzt erklärt, dadurch bis zum Ueberfluß deutlich an den Tag legt, daß die Verfassung nicht eine Verheißung für „künftige Gesetzgebung", sondern eine unmittelbare Rechtswirklichkeit sein solle. Das Obertribunal fühlt dies auch selbst und mildert daher jene Behauptung durch das eingeschobene unklare „mehr", durch welches es aber eigentlich die ganze Behauptung wieder zurücknimmt, und ferner durch den noch deutlicher widerrufenden Fortgang des Satzes, welcher also lautet: „wenigstens darf dies (die unmittelbare Anwendung der Verfassung) immer nur mit großer Vorsicht zumal da geschehen, wo es sich fragt, ob durch dieselbe eine bisher bestandene besondere gesetzliche Vorschrift implicite für aufgehoben erachtet werden soll. Gerade vor einem derartigen Misgriffe in der Anwendung hat

der oben extrahirte Artikel 109 der Verfassung warnen (?) sollen."

Diese den Inhalt des Art. 109 in sein Gegentheil verbiegende Auffassung ist eine sehr schiefe. Mehr als das der Verfassung Zuwiderlaufende in den frühern Gesetzen konnte durch die Verfassung gar nicht aufgehoben werden. Wenn also der Art. 109 auch nicht in der Verfassung stünde, so würde durch dieselbe doch immer nur das ihr Zuwiderlaufende, keinesfalls mehr, aufgehoben sein. Wohl aber würde gerade dann das Obertribunal sicher nicht unterlassen, hervorzuheben, es existire kein Artikel der Verfassung, welcher besage, daß diese auch die nicht speciell aufgehobenen Bestimmungen der Gesetzbücher außer Kraft setzen solle. Wenn also der Art. 109 schon irgendeine „Warnung" in sich enthalten soll, so enthält er nur eine Warnung vor solchen Urtheilen, wie das in Rede stehende.

Das Obertribunal fährt fort: „Dieser Auffassung steht die allgemeine Auslegungsregel: Lex posterior generalis non derogat priori speciali zur Seite."

Hier wird also ein gelehrter Anschein genommen! Aber leider beruht derselbe nur auf einer gänzlichen Verwirrung, auf einer höchst unglücklichen Verkennung der ersten Elementarsätze der Rechtswissenschaft.

Die wissenschaftliche Regel, auf die sich das Obertribunal bezieht, stammt aus dem Römischen Recht[1]) und ist eine ganz richtige. Nur erleidet sie auf die vorliegende Frage auch nicht die geringste Anwendung.

Es wird dies am besten dadurch gezeigt werden, daß wir die Worte, in welchen Savigny diese Regel entwickelt (System, Bd. 1, §. 42, Auslegung der Gesetze, S. 265), folgen lassen. Savigny zeigt daselbst, daß und weshalb ein späteres Gesetz, welches mit einem frühern in innerm Widerspruch steht, dieses frühere aufheben müsse. Der Grund dieser Regel, sagt er, liegt darin, daß ein solcher Widerspruch „zu der fortschreitenden Entwickelung des

---

1) L. 80 de reg. jur. (50, 17): In toto jure generi per speciem derogatur et illud potissimum habetur quod ad speciem directum est. L. 41 de poenis (48, 19) . . . nec ambiguitur, in cetero omni jure speciem generi derogare.

Rechts gehört, sodaß mit der Gründung der neuen Rechtsregel die wirkliche Vernichtung der ältern verbunden war." — „Durch diesen Grund aber", fährt er dann fort, „ist zugleich eine natürliche Beschränkung der erwähnten Regel gegeben. Wenn nämlich neben der ältern Regel eine Ausnahme derselben bestand, so ist die Aufhebung (sc. der Regel) nicht auch auf diese Ausnahme mit zu beziehen; vielmehr besteht die Ausnahme auch neben der neuern Regel fort, wenn sie nicht noch besonders aufgehoben ist."

Diese Regel hat also ihren Grund in der sehr einfachen Verstandesfolgerung, daß, wenn eine Regel aufgehoben wird, doch nur das in der Regel Enthaltene, keinesfalls aber das ihr sogar Entgegengesetzte — also die Ausnahme von ihr — aufgehoben sein soll.

Aber es muß bereits evident geworden sein, daß diese Regel überhaupt hier gar nicht zur Sprache kommen kann! Denn es verhält sich ja nicht so, daß im Allg. Landrecht die Regel von der Rechtsgleichheit der Angehörigen der verschiedenen Stände aufgestellt worden wäre und das betreffende Eheverbot hiervon eine Ausnahme bildete, und nun jene Regel der Rechtsgleichheit von der Verfassung aufgehoben wäre! In diesem Falle, und nur in diesem Falle würde der vom Obertribunal angerufene Grundsatz, daß mit der Aufhebung der Regel die Ausnahme noch nicht aufgehoben sei, zur Anwendung kommen und das Eheverbot allerdings dann als fortbestehend zu erachten sein. Dieser Fall ist ja aber gerade der umgekehrte von dem wirklich vorliegenden, und in seinem Bestreben, sein Urtheil durch Gründe zu motiviren, verwirrt sich das Obertribunal so erstaunlich, daß es einen Fall als vorliegend unterstellt, der von dem vorliegenden in jedem Punkte das gerade Gegentheil ist.

Statt daß jenes Eheverbot im Allg. Landrecht eine Ausnahme bildete, verhält sich die Sache vielmehr so: das Allgemeine Landrecht geht gerade, wie wir schon oben gezeigt haben, von der Regel, von dem Hauptgrundsatze der ständischen Rechtsungleichheit der Personen aus und stellt denselben, wie wir sahen, sofort in den ersten Paragraphen des ersten Titels „von Personen und deren Rechten überhaupt" als die organische Grundlage sei-

ner Rechtsanschauungen hin (s. oben S. 463 fg.). Von diesem Hauptgrundsatze der Rechtsungleichheit der Stände ist dann jenes Eheverbot nur eine Anwendung, keine Ausnahme! Als Anwendung der aufgehobenen Regel ist dies Verbot mit derselben zugleich aufgehoben und kann nicht durch die für die Ausnahmen von aufgehobenen Regeln bestehenden Grundsätze aufrecht erhalten werden! Sollte dem Obertribunal bei seiner Citation: „lex posterior generalis non derogat priori *speciali*", vielleicht das Stupende zugestoßen sein, vergessen zu haben, was der Römer unter einer „lex *specialis*" versteht, daß er nämlich nicht, wie man nach dem deutsch-lateinischen Ausdruck „speciell" freilich denken könnte, ein die allgemeinen Rechtsgrundsätze über eine Materie in ihren Einzelheiten genau ausführendes, specialisirendes Gesetz, sondern stets ein den in einem Rechtsgebiete bestehenden allgemeinen, generischen Grundsätzen derogirendes Gesetz versteht? Und selbst wenn das Obertribunal dies vergessen hätte, so hätte es dies doch hinreichend aus Savigny entnehmen können, der in der Anmerkung c zum a. O. ganz übereinstimmend mit dem hier Gesagten fortfährt: „Man darf den hier als Beschränkung der Hauptregel aufgestellten Grundsatz nicht auf alle specielle Bestimmungen des frühern Rechts beziehen, sondern nur auf diejenigen, die den Ausnahmencharakter an sich tragen; also nicht auf solche specielle Bestimmungen, welche selbst nur Folgerungen aus der frühern Regel waren."

Zu welch trauriger Sophistik sinkt also die Berufung des königl. Obertribunals auf jenen Auslegungsgrundsatz zusammen!

Bei alledem hat man inzwischen immer noch nicht erfahren, warum jenes Eheverbot nicht ein „Standesvorrecht" darstellen und also durch die dürren Worte des Art. 4 abgeschafft sein soll. Das Obertribunal geht dazu über, diesen Beweis zu erbringen. Standesvorrechte, sagt es, sollen allerdings nicht mehr stattfinden. Allein unter Standesvorrechte könne man unmöglich das Eheverbot des §. 30 subsumiren, weil dasselbe „seinen Worten wie seinem Zwecke nach doch nur als eine Beschränkung (!!) des einzelnen adelichen Mannes bei der Wahl seiner Ehegattin aufgefaßt werden kann".

Dies also ist der Grund! Jene Unfähigkeit der Weiber des

geringen Bürgerstandes, mit adelichen Männern eine gültige Ehe zu schließen, stellt gar kein „Standesvorrecht", sondern ja nur eine offenbare „Beschränkung" des adelichen Mannes dar, sagt das Obertribunal!

Ein späteres Urtheil des Appellationsgerichtshofs zu Münster hat witzig darauf geantwortet: wenn der §. 30 eine Beschränkung des Adelstandes bilde, so genösse ja hierdurch der Bürgerliche ein Standesvorrecht vor dem Adel; und da nach dem Art. 4 der Verf. auch der Bürgerliche keine Standesvorrechte voraushaben soll, so wäre auch jene „Beschränkung" aufgehoben. — Vielleicht hätte indeß selbst das Obertribunal dennoch sehen können, daß jene „Beschränkung" des „einzelnen adelichen Mannes bei der Wahl seiner Ehegattin" gleichwol ein Standesvorrecht des Adels bilde, wenn es dem Obertribunal gefallen hätte, auch an die Frauen zu denken, statt blos von dem Manne zu sprechen. Denn in Bezug auf die Frauen ist doch unbestreitbar, daß der §. 30 den Frauen des Adels- und höhern Bürgerstandes, indem er ihnen ein ausschließendes Recht auf Schließung einer gültigen Ehe mit einem adelichen Manne auf Grund ihres Standes zuspricht, hierdurch ein Standesvorrecht vor den Frauen des geringen Bürger- und Bauernstandes einräumt. Und fast sollte man vermuthen, daß, wenn die Verfassung erklärt, Standesvorrechte finden nicht mehr statt, dies ebenso gut die Standesvorrechte des weiblichen, schönern Geschlechts wie des männlichen beseitigt! Und vielleicht sollte die Forderung einer so mäßigen Ueberlegung nicht als eine zu übertriebene Anforderung an einen obersten Gerichtshof erscheinen!

Offener noch als das Urtheil des Obertribunals vom 24. Nov. 1856 spricht sich das Obertribunalsurtheil vom 25. Nov. 1853 hierüber aus. Es nennt jenes Eheverbot nicht blos eine „Beschränkung" schlechtweg, sondern noch deutlicher: eine — — „bevorzugende Beschränkung"!! Es sagt ipsissimis verbis (Entsch., XXVI, 352 fg.): „Von einem Vorrecht des Adelstandes ist dabei nicht die Rede; sie enthalten vielmehr nur eine, auch mit Rücksicht auf die Stellung des Adels im allgemeinen, diesen bevorzugende Beschränkung für den Einzelnen."

Eine „bevorzugende Beschränkung" im Rechte — ist aber eben just das, was man ein Vorrecht zu nennen pflegt!

Und wenn dasselbe auf Grund des Standes eingeräumt wird, ein Standesvorrecht!

Freilich spricht sich dieses letztere Urtheil noch offener aus. Es sagt geradezu: „Der zweite Satz des Art. 4 spricht von Standesvorrechten; diese finden nicht mehr statt. Daß aber durch diese Bestimmung aller Unterschied der Stände habe aufgehoben werden sollen, läßt sich nicht annehmen. Der Unterschied der Stände besteht factisch und rechtlich noch jetzt, und muß in jedem Staate, seine Verfassung sei welche sie wolle, bestehen, weil er von Verhältnissen der Erziehung, Bildung, Lebensart, Hauptbeschäftigung und des Vermögens abhängt."

Wenn das Obertribunal hier geradezu heraussagt, auch rechtlich bestehe der Unterschied der Stände noch fort, so hat es mit dieser bündigen Behauptung den Art. 4 der Verfassung überhaupt cassirt und kann dann natürlich sehr leicht zu dem gewünschten Resultat kommen. Die factischen Unterschiede der Erziehung, Bildung, des Vermögens bestehen allerdings noch fort. Diese sind aber überhaupt keine durch das Recht gesetzte. Das Recht hat nichts dagegen, daß Einer so gebildet, so reich, so schön sei und sich für so vornehm halte, wie er wolle. Das Vorrecht im juristischen Sinne entsteht erst, wenn jenen factischen Unterschieden auch im Rechte ein bevorzugender Ausdruck gegeben wird. Dies also, daß jene factischen Unterschiede der Geburt u. s. w. auch einen Unterschied in den Rechten der Personen nach sich ziehen, zu rechtlichen Unterschieden befestigt werden sollen — dies ist es, was der Art. 4 ausschließt und verneint.

Wenn also das Obertribunalsurtheil vom 25. Nov. 1853 geradezu sagt, auch im Rechte bestehe der factische Unterschied der Stände noch fort und müsse in jedem Staate fortbestehen, weil die factischen Unterschiede forteristirten, so ist dieser Grund eine Gedankenlosigkeit, weil die Forteristenz der factischen Unterschiede von Geburt, Beschäftigung, Bildung, Vermögen u. s. w. nicht in sich einschließt, daß dieselben auch eine rechtliche Unterschiedenheit nach sich ziehen müssen, vielmehr der Gedanke der mit der französischen Revolution von 1789 eingetretenen modernen Gesellschaft und aller seitdem in dieser Richtung entstandenen Verfassungen gerade der ist, daß jene factischen Unterschiede, un-

beschadet ihrer rein factischen Forteristenz, keine Rechtsunterschiedenheit nach sich ziehen sollen. Die Behauptung selbst aber, der Unterschied der Stände bestehe auch rechtlich noch fort und müsse fortbestehen, stellt auf das offenste nichts Geringeres dar, als eine von dem Obertribunal vorgenommene Fortrevidirung des Art. 4 aus der oft revidirten Verfassung!

Das andere Urtheil (vom 24. Nov. 1856) vermeidet daher die Ungeschicklichkeit, offen zu erklären, daß der „Unterschied der Stände rechtlich noch jetzt bestehe“, obwol natürlich der Sache nach seine Argumentation auf denselben Satz hinausläuft.

Es kommt daher gleichfalls schließlich auf die Betrachtung (das. S. 186), daß durch jenes Eheverbot nur auf den „nicht wegzuleugnenden Unterschied der Stände hingedeutet“ werde, und knüpft hieran als letzten und entscheidenden Beweis eine andere Bestimmungen des Allgemeinen Landrechts parallelisirende Betrachtung. So bestimme z. B. der §. 701, Th. 2, Tit. 1, des Allgemeinen Landrechts: „Wegen blos mündlicher Beleidigungen, ingleichen wegen geringer Thätlichkeiten sollen Eheleute gemeinen Standes nicht geschieden werden.“

„Daß nun“, fährt das Obertribunal fort, „auch diese Bestimmungen durch die angerufenen Grundsätze des Art. 4, a. a. O., aufgehoben wären, ist wol ernstlich niemals behauptet worden; und doch stehen sie insofern mit dem Eheverbote des §. 30, a. a. O., in der That auf gleicher Höhe.“ (!!!)

Wie es etwa einem leidenschaftlichen Musikus einen heftigen Nervenschmerz verursacht, wenn ein ganzes Quartett von falschen Quinten auf einmal auf ihn eindringt, so müssen, glauben wir, die angeführten Worte einen ähnlichen Eindruck auf jeden Juristen hervorbringen.

Schwere Beleidigungen sind ein Ehescheidungsgrund (Allgem. Landrecht, §. 700 daselbst). Das Dasein einer Beleidigung aber, und resp. die Schwere derselben, hängt von factischen Umständen, wie dem animus des Beleidigers u. s. w. ab.

Da die Frage, ob eine Beleidigung vorliege — und ferner eine Beleidigung, schwer genug, um eine Ehe zu trennen —, keine Rechtsfrage, sondern eine factische Frage ist, so muß es dabei also eben auf alle factischen Umstände, und somit auch auf die Bildungsverhältnisse der betreffenden Personen an-

kommen. Dasselbe Schimpfwort z. B., welches, von einem hohen Staatsbeamten gegen seine Frau ausgestoßen, bereits einen sehr beleidigenden animus bekunden, eine sehr schwere Beleidigung darstellen würde, würde im Munde eines Tagelöhners bei dessen ganz andern Bildungsverhältnissen und Lebensgewohnheiten noch nicht im geringsten einen solchen animus zu beweisen brauchen. Dieser factische Unterschied der Bildungsverhältnisse und Lebensgewohnheiten ist es, welchen der §. 701 hat hervorheben wollen, indem er ihn als einen Unterschied der Standesverhältnisse ausdrückt, mit denen er in der Regel zusammenfällt. Die Einwirkung dieses factischen Unterschiedes ist aber, weil hierbei eben eine rein factische Frage vorliegt, so selbstredend und an und für sich durch die juristische Natur der Sache geboten, daß sie ganz ebenso sehr rechtlich stattgefunden hätte, wenn der §. 701 gar nicht existirte. Der Code Napoléon ist z. B. eines jener Gesetzbücher, welches — obgleich dies das Obertribunal in einem früher angezogenen Motive für „unmöglich" erklärt — einen rechtlichen Unterschied der Stände gar nicht anerkennt. Das Ehescheidungsgesetz des Code Napoléon enthält auch nicht im geringsten abweichende Vorschriften für die Eheleute der verschiedenen Stände. Nichtsdestoweniger ist es den französischen Tribunalen noch niemals eingefallen, in den auf schwere Beleidigungen gestützten Ehescheidungsklagen zwischen einem Deputirten und seiner Frau und zwischen einem Holzhauer und seiner Frau die Beleidigungen mit demselben Maßstab bemessen zu wollen.

Die französische Jurisprudenz hat, da hier eine factische Frage, nicht, wie bei dem landrechtlichen Eheverbot, eine Rechtsfrage, vorlag, von selbst feststellen müssen, daß alle auf dieselbe influirenden thatsächlichen Verhältnisse, insbesondere die für das Dasein einer beleidigenden Absicht und ihrer Schwere maßgebenden Umstände der Bildung u. s. w., die richterliche Beurtheilung entscheiden müßten.

Mit dieser rein factischen Frage erklärt das Obertribunal die reine Rechtsfrage jenes landrechtlichen Eheverbots für „auf Einer Linie stehend"!! Das Obertribunal faßt also die Bestimmung des §. 701 statt als eine aus der entwickelten Natur der Sache herfließende, wie es scheint, so auf, als habe der Ge-

setzgeber dadurch dem Bauer und Arbeiter ein Standesrecht gründen wollen, die Frau zu prügeln und zu schimpfen!

Will man einmal die Bestimmung des §. 701 in diesem Sinne auffassen, so würde dann aus der Allegirung derselben auch nichts anderes folgen, als daß sie gleichfalls durch den Art. 4 aufgehoben wäre.

Dies sind ihrer Substanz nach die Gründe, auf welche hin das Obertribunal jene Erkenntnisse basirt hat. — Und auf diese — Gründe hin hat man Ehen für nichtig erklärt, Kinder um die ihnen zukommende Legitimität gebracht, Erbtheile aberkannt, kurz, gerade der Vorwürfe sich schuldig machend, die man in der Regel mit Abscheu nur gegen die äußersten revolutionären Richtungen, insbesondere den Communismus, zu schleudern pflegt, Familie und Eigenthum aufgehoben.

Zugleich hat sich durch die Ausführungen des gegenwärtigen Abschnitts ein deutlicher Beitrag zu dem ergeben, was wir in der Einleitung (S. 35 fg.) über die politische Geschichte des Rückwirkungsbegriffes gesagt haben, ein Beitrag von Interesse zur Physiologie bestimmter historischer Perioden und Erscheinungen. Es muß nämlich aus dem Vorigen klar sein, wie das königl. Obertribunal in Bezug auf jene Urtheile sehr präcis als der umgekehrte Convent bezeichnet werden könnte. In der That hat das Obertribunal nicht das Gegentheil, sondern das Umgekehrte von dem gethan, was wir den Convent vollbringen sahen. Während der Convent dem neuen Gesetze Rechtsverbindlichkeit gab, aus dem bloßen, in Handlungen ausgedrückten Rechtsbewußtsein des Volkes heraus, von einer Zeit an, wo man zweifelhaft sein konnte, ob dasselbe bereits zur rechtlichen Wirklichkeit gediehen war, verweigert das Obertribunal dem neuen Rechtsbewußtsein, selbst nachdem dasselbe in ausdrücklichen Worten vom Gesetzgeber verkündet und zum Gesetz erklärt worden ist, das rechtliche Dasein und läßt die alten Gesetze trotz ihrer gesetzlichen Abschaffung noch fortbestehen — ein Reactionsconvent im Gegensatz zum französischen Revolutionsconvent!

VI. Das Erbrecht in formell-juristischer Hinsicht.

Fast in noch höherm Grade als in den meisten andern Rechtsgebieten sind im Erbrecht irrige Ansichten über die uns beschäftigende Lehre verbreitet. Sie sind gerade durch Savigny's Theorie zu festerer Consistenz gelangt, und dies hat einen hauptsächlichen Grund darin, daß auch Savigny, obwol er (VIII, 481 fg.) den frühern Autoren mit Recht vorwirft, daß sie nicht genug unterscheiden zwischen den Veränderungen, welche in den thatsächlichen Verhältnissen, und denen, welche durch neue Gesetze eintreten können, dennoch nicht nur den Unterschied zwischen beiden Arten von Veränderungen nirgends klar legt, sondern selbst in den Fehler dieses Nichtunterscheidens in gleich hohem Maße als die frühern Autoren verfiel.

Indeß ist dies bei weitem nicht die einzige Ursache der Irrungen, und es erscheint daher angemessen, hier in möglichster Kürze die hauptsächlichsten aus unserer Theorie fließenden und den Savigny'schen Ansichten entgegengesetzten Resultate zusammenzustellen. Wir werden dabei von selbst im Verlauf näher auf das eigentliche Wesen des Erbrechts eingehen müssen, und hier den oben (§. 2, A.) versprochenen Nachweis zu erbringen haben.

A. Rechtliche Natur des Testaments.

Die bisherige, auch von Savigny, a. a. O., S. 447 fg., hierüber entwickelte Lehre lautet: jeder Testator sei anzusehen als

handelnd in zwei verschiedenen Zeitpunkten, dem Zeitpunkt, in dem er das Testament errichtet, und in dem Augenblick des Todes, worin er das früher errichtete Testament unverändert hinterläßt. Das erste könne man die factische Thätigkeit, das zweite die juristische Thätigkeit des Testators nennen. Nur das Product der zweiten Thätigkeit könne und solle wirken; das der ersten bleibe in der ganzen Zwischenzeit meist unbekannt, immer unwirksam.

Diese Lehre stellt sich gewiß auf den ersten Blick als ganz unverfänglich und richtig dar. Dennoch leidet sie an einem Mangel an Genauigkeit, der, wie geringfügig er auch zunächst erscheint, sich dennoch zu wesentlich irrigen Folgerungen treibt. Es schleicht sich nämlich dabei innerlich die Auffassung ein, wenn dieselbe auch nicht in alle ihre Consequenzen hinein festgehalten wird, als wäre jene erste factische Thätigkeit eine nur vorbereitende, an sich unwirksame, und nur die zweite Thätigkeit dagegen diejenige der juristischen Vollziehung[1]), wie übrigens auch ausdrücklich in den schon angeführten Worten Savigny's hervortritt, daß „nur das Product der zweiten Thätigkeit wirken kann und soll", während das der ersten immer unwirksam bleibe. Welche irrige Folgen sich nach entgegengesetzten Seiten hin hieraus entwickeln müssen, werden wir bald sehen. Zunächst handelt es sich darum, die Ungenauigkeit dieser Auffassung und die Art dieser Ungenauigkeit zu constatiren. Dieselbe wird sich aber nicht leugnen lassen. Denn wollte man die erste Thätigkeit wirklich als eine blos factische und vorbereitende festhalten, so würde bei strenger Consequenz schon dies eintreten, daß jedes rechtliche Verhältniß zur Zeit dieser blos factischen Thätigkeit und Feststellung gleichgültig sein und also das von einem Unmündigen oder Wahnsinnigen oder einem deportatus gemachte Testament gültig sein müßte, wenn der Testator nur zur Todeszeit, als der der juristischen Vollziehung, mündig,

1) Wie dies noch deutlicher in der Ausdrucksweise Bornemann's zu Tage tritt, welcher (a. a. O., S. 46) die erste Thätigkeit als die „factische Feststellung" (also etwa als den demonstrativen Inhalt des Testaments) der zweiten als der die „juristische Gültigkeit" verleihenden entgegenstellt.

bei Vernunft oder wieder mit der testamentifactio bekleidet war, wie es in der That gleichgültig wäre, ob ein Act von einem Unmündigen, Wahnsinnigen oder Unfähigen angefertigt worden, wenn letzterer nur zur Zeit der Unterschrift, als der formellen Vollziehung des Actes, wieder bei Verstande oder Fähigkeit war; oder wie es etwa, um ein noch näher liegendes Beispiel zu gebrauchen, für die formlose und in der That eine blos factische Thätigkeit darstellende Errichtung eines römischen Fideicommisses gleichgültig ist, ob der Verfügende zu dieser Zeit deportirt ist, wenn ihm nur in dem Augenblicke, wo er stirbt, ohne seinen Willen geändert zu haben, die testamentifactio beiwohnt. [1])

Ebenso müßte eigentlich für die blos factische Thätigkeit der Feststellung jede Förmlichkeit, die doch nur zur Seite der juristischen Gültigkeit gehört, gleichgültig und einflußlos sein. Es müßte also bei äußerster Consequenz sogar jedes testamentum imperfectum Geltung haben, da es als ein solches aufzufassen wäre, das durch den Tod seine juristische Vollziehung erlangt habe. Und jedenfalls würde die zur Zeit der blos factischen Thätigkeit beobachtete, dem damaligen Gesetze entsprechende Form des Testaments einflußlos sein und dieses nicht schützen können, wenn sie nicht den zur Zeit der „juristischen Thätigkeit" des Testators, also zur Todeszeit geltenden Formgesetzen entspräche. [2])

Von alle diesem gilt nun aber das Gegentheil. Die Testamente, welche von Unmündigen, Wahnsinnigen und Deportirten angefertigt wurden, werden nicht gültig, wenn die Testatoren auch zur Zeit des Todes Mündigkeit, Vernunft und Civität wiedererlangt haben, und ebenso wenig wird ein Testament ungültig, wenn es den gesetzlichen Formalitäten zur Zeit des Todes nicht entspricht, sofern es nur diejenigen zur Zeit seiner Errichtung beobachtet hat. Auch verfällt man nicht in so grobe Irrthümer,

---

1) Siehe oben S. 318 fg.

2) Wie Savigny, S. 448, dazu kommt, die factische Thätigkeit mit der Form des Testaments, und die juristische Thätigkeit mit dem Inhalt desselben ohne weiteres als identisch zu setzen, ist gar nicht abzusehen. Die civilrechtlichen Formalitäten, welche für die Gültigkeit von Testamenten erforderlich sind, gehören doch offenbar und vor allem zur streng juristischen Seite und Thätigkeit des Testators.

sondern ist in den bisher angeführten Fällen, der richtigen mit den positiven Gesetzen [1]) übereinstimmenden Ansicht. Allein man ist dies nur, indem man dabei jene Theorie, die, wie gezeigt, zu den entgegengesetzten Resultaten führen müßte, höchst inconsequent im Stich läßt. Indem man dieselbe aber in andern Fällen besser festhält, wird man durch sie auch zu großen praktischen Irrthümern verleitet.

Die Unrichtigkeit der bisherigen Theorie besteht also, wie wir sehen, darin, daß das Testament in zwei getrennte Seiten und Thätigkeiten, eine factische und eine juristische, zerrissen wird, von denen die eine nur zur Zeit der Testamentsanfertigung, die andere nur zur Zeit des Todes eintrete, während doch das Testament schon zur Zeit der Anfertigung ein beide Seiten in sich schließendes Ganzes ist, was unleugbar darin hervortritt, daß schon zu dieser Zeit Rechtsfähigkeit des Testators vorhanden sein muß, wenn das Testament gültig sein soll, und daß die ihm zu dieser Zeit gegebene juristische Form trotz neuer Gesetze über Testamensförmlichkeiten ihre Gültigkeit behält.

Das Testament ist also vielmehr schon bei seiner Errichtung eine Einheit von beiden Thätigkeiten. [2])

---

1) §. 1 Inst. quibus non est perm. (2, 12). L. 2; L. 6, §. 1; L. 20, §. 4, qui test. (28, 1); L. 8, §. 3, de j. cod. (29, 7); L. 1, §. 8, 9, de b. p. sec. tab. (37, 11) etc.

2) Von hieraus erst ergibt sich das innere Verständniß der Einheit der Handlung, welche das Römische Recht für die Anfertigung des Testaments verlangt. Wenn die Testamentserrichtung eine blos factische Thätigkeit und Feststellung wäre, so würde es gleichgültig sein, ob die erforderliche Form stückweise und in beliebigen Intervallen an dem Testament entstanden ist, wenn sie nur zur Zeit des Todes an demselben vorhanden ist. Wenn also nur die Unterschrift und Siegel des Testators und der sieben Zeugen zur Zeit des Todes am Testamente da sind, so müßte es gleichgültig sein, ob dieselben an sieben verschiedenen Tagen an das Testament gesetzt worden sind. Umgekehrt schreiben die römischen Gesetze die Nothwendigkeit der einheitlichen Handlung (uno eodemque tempore) vor, s. §. 3 Inst. de test. ord. (2, 10); L. 21 C. de test. et quemadm. (6, 23), und L. 23, §. 3, qui test. facere poss. (28, 1). Was hierin liegt, ist, daß es nicht hinreicht, wenn zur Zeit des Todes die erforderliche Form an dem Testamente ist, sondern, daß schon bei der Anfertigung jedes bestimmte Testament diejenige juristische Form empfangen muß, die zur Zeit des Todes zur Gültigkeit für dasselbe erforderlich sein wird. (Wir

Näher noch tritt die Ungenauigkeit jener Theorie heraus, wenn man ihr in positiver Weise die richtige Theorie gegenüberstellt. Diese würde folgendermaßen lauten: das Testament ist ein für sich fertiger und abgeschlossener [1]) Act einer ebenso juristischen

---

machen hier ausdrücklich darauf aufmerksam, wie durch *diese* Ausdrucksweise die Frage nach dem Einfluß eines *Gesetzwechsels* über Testamentsförmlichkeiten nach keiner ihrer beiden Seiten hin präjudicirt wird.) Denn wäre die Unterschrift des Testators und der Zeugen z. B. in sieben verschiedenen Zeiträumen erfolgt, so wäre zwar am *Producte* der Testamentsthätigkeit zur Zeit des Todes die Form *da*, aber man könnte von *keinem* dieser sieben Anfertigungsmomente sagen, auch nicht von dem letzten, daß in demselben das Testament die erforderliche juristische Form erhalten habe. Das Testament wäre vielmehr, obwol als Product mit der Form versehen, doch in Bezug auf seine *Anfertigung* in *formloser* Weise entstanden. Es soll aber schon die *Handlung* seiner Errichtung eine *juristisch-formelle*, oder, was dasselbe ist, das Testament soll nicht blos zur Zeit des Todes, sondern schon zur Zeit der Anfertigung Product einer *juristischen Thätigkeit* sein. Dies ist die *innere* Nothwendigkeit, vermöge welcher die *Einheit* der Handlung, die Unterschrift und Signatur des Testators und der sieben Zeugen zu ein und derselben Zeit und ohne Dazwischenkunft eines andern Acts gefordert wird. Das Dictiren oder Niederschreiben des Testaments aber, weil dies in der That eine *blos factische*, die Testamentsvollziehung nur vorbereitende Thätigkeit ist, ist nicht in diese Einheit der Handlung eingeschlossen, sondern kann ihr vorhergehen und in beliebig viele Zeitabschnitte zerfallen. [L. 21 C. de test. (6, 13): .... superfluum est, uno eodemque tempore exigere testatorem et testes adhibere et dictare suum arbitrium et finire testamentum. Sed licet alio tempore dictatum scriptumve proferatur testamentum, sufficiet uno eodemque die nullo actu interveniente testes omnes videlicet simul nec diversis temporibus subscribere signareque testamentum etc.] Erst die in der Unterschrift vor sich gehende *Vollziehung* des Testaments stellt den *juristischen* Act des Testirens dar, für den jene Einheit der Handlung nöthig, wenn das Testament nicht vitiirt sein soll. — Noch handgreiflicher ist bei den alten Testamentsformen calatis comitiis und per aes et libram die *juristische* Thätigkeit in der Testamentserrichtung, welche hier sogar ganz im Vordergrund steht. Bei dem Testament per aes et libram tritt die juristische Thätigkeit und die factische Feststellung, welche beide in der Testamentserrichtung enthalten sind, deutlich in zwei getrennte Momente auseinander: in die Mancipation, welche die erste, und in die nuncupatio testamenti, welche die zweite darstellt.

1) Hierin liegt ein Hauptunterschied von der Savigny'schen Theorie, welche die Thätigkeit zur Zeit des Todes zu einem *Theil* des Testaments selbst macht und das Testament daher, wie etwa die *Usucapion*, mit welcher Savigny daher auch (a. a. O., S. 449) dasselbe vergleicht, gleichsam

als factischen Thätigkeit, welche feststellt, was nach dem Willen des Testators nach seinem Tode mit der Erbschaft geschehen soll. Dieser Act ist an sich zur Wirksamkeit bestimmt, was dadurch nicht behindert wird, daß sie nach dem Willen des Testators erst mit seinem Tode eintreten soll. Außer dieser Zeitbestimmung behält sich der Testator aber auch noch jede Aenderung seiner Willensverfügung bis zum letzten Lebenshauche vor. Das Testament wird daher nur wirksam, wenn es nicht widerrufen wird. Da dieser Widerruf usque ad extremum spiritum vitae vor sich gehen kann, so ist der ohne solchen Widerruf eingetretene Tod zu deuten als ein im letzten Lebensaugenblick erfolgter bestätigender Willensact, als eine Confirmation des Testaments.[1]) Dieser Confirmationsact ist gleichfalls wie das Testament selbst eine ebenso rechtliche wie factische Thätigkeit. Eine factische, da er ein Dasein des Willens des Testators darstellt. Eine rechtliche, indem der Testator auch noch die Rechtsfähigkeit und Befugniß zu dieser Confirmation besitzen muß, um dieselbe wirksam zu ertheilen. (Hieraus fließt also die Nothwendigkeit, daß auch im Augenblick des Todes testamentifactio und persönliche Rechtsfähigkeit überhaupt dasei und der Inhalt des Testaments noch rechtlich erlaubt sei.) Nur in Bezug auf ihre äußere formelle Natur ist diese Confirmation, da sie in einer Unterlassung besteht, nothwendig eine formlose.

Aus diesen Sätzen entwickeln sich daher nun von selbst folgende Consequenzen:

---

erst durch den Ablauf des Lebens beendet werden läßt. „*Finem* autem testamenti", sagen dagegen die Kaiser Theodosius und Valentinianus in der zuletzt angezogenen L. 21 C. de test. (6, 23), „subscriptiones et signacula testium esse decernimus".

1) Die in dem Nichtwiderruf bis zur Zeit des Todes liegende Confirmation kann daher auch andere Willensverfügungen als Testamente bestätigen, z. B. die während der Ehe verbotenen Schenkungen zwischen Mann und Frau; s. L. 25 C. de donationib. int. vir. et ux. (5, 16), welche durch das silentium donatoris confirmirt werden sollen. — Ja, diese confirmatio wirkt sogar nach dieser Justinianeischen Verordnung, wenn die Schenkung nicht die quantitas legitima überschritt, oder, falls sie dies that, mindestens insinuirt war, nicht erst von der Zeit des Todes, sondern schon vom Tage der Donation ab, wie eine Ratihabition.

B. Form des Testaments.

Da die Confirmation eine formlose ist, so kann es also nicht darauf ankommen, ob das Testament die größern zur Zeit des Todes, als der Zeit der bloßen Confirmation, erforderlichen Testamentsförmlichkeiten erfüllt, wenn es nur den zur Zeit seiner Errichtung für Testamente bestanden habenden Formvorschriften entspricht.

Umgekehrt: ob die Förmlichkeiten eines Acts hinreichen, um ihm durch Confirmation Wirksamkeit zu ertheilen, ist eine Frage, die natürlich nothwendig bejaht werden muß, wenn der Act nur den Formen entspricht, welche die Gesetze zur Zeit der Confirmation für Acte seiner Art zur Gültigkeit derselben fordern. Und folglich muß auch das Testament, welches nur die zur Zeit des Todes gesetzlich nöthigen Solennitäten erfüllt, formell gültig sein.

Wir haben also hier aus der rechtlichen Natur des Testaments heraus dieselben beiden Gesetze entwickelt, welche wir oben (§. 11) auf einem andern Wege aus dem Begriffe der Nichtrückwirkung abgeleitet haben, und die gegenseitige Bestätigung ist eine vollkommene. Es zeigt sich hierbei zugleich, wie tief es im innersten Wesen der Sache beruhte, wenn positive Gesetze so häufig die Convalescenz der Testamente durch die geringere Förmlichkeiten erheischenden Gesetze zur Zeit des Todes ausgesprochen haben (s. oben S. 345—348).

Es wird jetzt auch klar sein, wie die irrige Auffassung der Natur des Testaments in der Savigny'schen Theorie die nothwendige Ursache davon ist, daß Savigny sich gegen diese Convalescenz der Testamente aussprechen und daher auch den §. 17 der Einleitung zum Allg. Landrecht ungerecht behandeln muß (Savigny, a .a. O., S. 409 fg. und 476). Wir haben nämlich bereits gezeigt, daß nach der Savigny'schen, das Testament in eine blos factische Thätigkeit zur Zeit der Errichtung und in eine blos juristische Thätigkeit zur Zeit des Todes zerlegenden Theorie bei wahrhaft logischer Consequenz die Form des Testaments immer nur nach dem Gesetz zur Zeit der juristischen Thätigkeit, also gerade zur Zeit des Todes beurtheilt werden müßte, weil die Solennitäten der Form schlechterdings zur streng-juristischen

Thätigkeit des Testators gehören.[1]) Allein daß eine solche Forderung schlechterdings nicht aufgestellt werden konnte, lag auf der Hand, weil es nicht möglich ist, im Augenblick des Todes Solennitäten vorzunehmen. Und da nun einmal in dieser Theorie die bei dem Testament obwaltende factische und juristische Thätigkeit in zwei getrennte Zeitmomente auseinander gerissen und die juristische Thätigkeit des Testaments nur in die Zeit des Todes verlegt wird (statt die dann stattfindende Thätigkeit als eine außerhalb des Testaments als solchen liegende besondere Confirmation von wiederum ebenso juristischer als factischer Natur aufzufassen), so blieb nichts übrig, als die Form — der factischen Thätigkeit zuzutheilen. Und da diese ebenso nur zur Zeit der Anfertigung stattfindet, so war durch diese Trennung der Momente jeder Einfluß des erleichternden und noch vor dem Tode des Testators erscheinenden Gesetzes in Bezug auf die Form des Testaments ausgeschlossen. Obgleich es doch auch ohne jede tiefere theoretische Betrachtung hätte einleuchten sollen, daß es eine merkwürdige Forderung an den Testator ist, ein Testament, welches den formellen Ansprüchen des heutigen Gesetzes entspricht, aufzuheben und ganz in denselben Formen wie jenes noch einmal zu machen, blos weil das Testament nach dem untergegangenen Gesetze zur Zeit seiner Anfertigung formelle Mängel darbieten würde, ein Gesetz, welches doch für Acte, die erst nach seiner Aufhebung civile Verbindlichkeit erlangen, nicht mehr maßgebend sein kann.

Aus den obigen Sätzen über die rechtliche Natur des Testa-

---

1) S. oben. — So wiederholt Savigny auch noch S. 466: „Die Form gehört ganz zur factischen Seite des Testaments." Savigny scheint sich, indem er dies schreibt, die Frage innerlich so zu denken: „Ist die erforderliche Form vom Testator beobachtet worden?" Dies wäre freilich eine factische Frage. Aber so gefaßt wäre alles eine factische Frage, z. B. auch diese: Hat der Testator testamentifactio gehabt? oder: Hat der Testator in inhaltlich erlaubter Weise testirt? Die Fragen stehen vielmehr so: Ist die bestimmte conditio des Testirenden eine solche, der nach dem Gesetz testamentifactio zukommt? — Sind die beobachteten Formen nach Civilrecht zur Gültigkeit für den Testamentsact ausreichend? — Sind diese gegebenen Dispositionen erlaubt? — Und dies sind Rechtsfragen und die entsprechenden Seiten rechtliche Seiten der Sache. Factisch ist an dem Testament nur der Willensinhalt des Testators.

ments entwickeln sich nun ferner nachstehende Folgerungen in Bezug auf die

C. Persönliche Fähigkeit des Testators rücksichtlich seiner Rechtsverhältnisse,

und zwar:

a. bei factischen Veränderungen dieser Rechtsverhältnisse unter gleichbleibendem Gesetz.

Die testamentifactio und die Vermögensfähigkeit sind bekanntlich erforderlich zu beiden Zeiten, zur Zeit des Testaments und zur Zeit des Todes.[1]) Wenn also ein peregrinus oder ein filius familias ein Testament gemacht hat, so bleibt dasselbe ungültig, wenn auch zur Zeit des Todes der peregrinus zur Civität gelangt, oder der filius familias bereits emancipirt ist.

Aus unserer Theorie des Testaments entwickeln sich diese Folgerungen von selbst und mit Nothwendigkeit, denn da nach uns die Thätigkeit des Testators sowol zur Zeit des Testaments als zur Zeit der Confirmation (des Todes) eine juristische Thätigkeit ist, so ist selbstredend auch zu beiden Zeiten diejenige juristische Fähigkeit zu derselben bei ihm erforderlich, welche das zur Zeit des Todes geltende Gesetz für letztwillige Verfügungen als nothwendig anerkennt. Sonst liegt entweder — wenn die Fähigkeit zur Zeit der Testamentserrichtung fehlt — gar kein Product eines in dieser Hinsicht Willensfähigen vor, und die Confirmationsthätigkeit zur Zeit des Todes findet daher gar nichts vor, was sie bestätigen könnte, oder — wenn die Fähigkeit zur Zeit des Todes fehlt — so ist der Testator zur Confirmation nicht befugt und das Testament ist deshalb unwirksam. Und, was wohl beachtet werden muß, beidemal ist der Mangel des Testaments ein solcher, welcher vom Standpunkt des gegenwärtig geltenden Gesetzes selbst stattfindet.

Auch Savigny, a. a. O., S. 451 fg., stimmt damit überein, daß testamentifactio und Vermögensfähigkeit in beiden Zeit-

1) Vgl. Ulpian, L. 1, §. 8, de b. p. sec. tab. (37, 11): Exigit Praetor, ut is cujus bonorum possessio datur utroque tempore jus testamenti faciendi habuerit, et quum moritur. L. 6, §. 12, de injusto (28, 3). Ulpian, Fragm., XXIII, §. 6. Gajus, II, §. 147.

punkten vorhanden sein müssen. Allein er nimmt dies nur aus der römischen Lehre thatsächlich auf, ohne es irgendwie aus seiner Theorie des Testaments ableiten oder auch nur irgendwie mit ihr vereinbaren zu können. Vielmehr steht seine Theorie damit im bestimmtesten Widerspruch, den es wichtig ist, hervorzuheben. Wenn nämlich die Thätigkeit des Testators zur Zeit der Testamentserrichtung eine rein factische Thätigkeit ist, wie nach Savigny der Fall, so wird sich niemals absehen lassen, warum schon zur Zeit dieser blos factischen Thätigkeit die erst der juristischen Thätigkeit entsprechenden juristischen Qualitäten der testamentifactio und Vermögensfähigkeit erforderlich sein sollen. Beide müßten vielmehr dann lediglich zur Zeit des Todes nöthig sein. Savigny kommt daher hierbei in eine solche Verlegenheit, daß er, statt die Nothwendigkeit jener beiden Bedingungen für beide Zeitpunkte aus seiner Auffassung des Testaments zu entwickeln, vielmehr nur sagt (S. 453): „Diese beiden Bedingungen der Testamentsfähigkeit (testamenti factio und Vermögensfähigkeit) kommen darin überein, daß sie gleich nöthig sind für beide Zeitpunkte, die Zeit des Testaments und Zeit des Todes, welches soviel sagen will, als daß dieselben sowol zur factischen als zur juristischen Thätigkeit im Testament gerechnet werden müssen!" Also weil diese rechtlichen Fähigkeiten auch zur Zeit des Testaments vorhanden sein müssen — was Savigny, der es theoretisch beweisen sollte, nur als einen gegebenen festen Punkt aus der römischen Lehre aufnimmt —, macht er den ungeheuern logischen Sprung, daß sie deswegen zur factischen Thätigkeit im Testament gehören, während es umgekehrt seine Aufgabe gewesen wäre, zu zeigen, daß, weil sie zur factischen Thätigkeit gehören, sie deshalb in beiden Momenten dasein müssen. Aber dieser salto mortale zeigt blos, wie absolut die logische Unmöglichkeit ist, rechtliche Fähigkeiten zur factischen Thätigkeit im Testamente rechnen zu wollen.

b. bei geändertem Gesetz unter gleichbleibenden factischen Verhältnissen.

Wenn Savigny das Princip für die factische Veränderung in den Rechtsverhältnissen des Testators der römischen Lehre entlehnt, ohne es irgend mit seiner Testamentstheorie in Verbindung

bringen zu können, so verfällt er nun weiter — und mit ihm die andern Autoren [1]) — in den großen Irrthum, die durch einen Gesetzwechsel geänderte Fähigkeit des Testators ganz ebenso behandeln zu wollen, als die durch einen Wechsel in den factischen Verhältnissen geänderte. Auf derselben Seite (S. 461) warnt zwar Savigny selbst, nur mit „Vorsicht und Unterscheidung" Gebrauch zu machen von der Analogie der Regeln bei der factischen Veränderung für die rechtliche Veränderung. Gleichwol unterscheidet er daselbst gar nicht zwischen beiden Arten der Veränderung, versucht aber auch ebenso wenig zu zeigen, warum etwa die durch factische Umstände und die durch Gesetzwechsel hervorgebrachte Veränderung in der Testamentsfähigkeit von derselben juristischen Natur und Wirkung sein soll, sondern stellt (S. 461 fg.) nur eben die ganz unvermittelte Behauptung hin, daß es sich hierbei in dem einen Falle verhalten müsse, wie in dem andern. Nach ihm soll also ein von einem peregrinus gemachtes Testament, wenn auch während seines Lebens durch ein Gesetz allen Peregrinen die Testamentsfähigkeit zuerkannt wird, ebenso ungültig bleiben, wie es z. B. das Testament des Deportirten bleibt, wenn dieser auch später die Civität wieder zurückerlangt, oder des filiusfamilias, wenn dieser vor seinem Tode emancipirt worden.

---

1) Ebenso die Franzosen, siehe z. B. Chabot, II, 438 fg.; Merlin, Rép. de Jurisprud. v° Effet rétroact., Sect. 3, §. 5, No. 3, p. 590, und v° Testament, Sect. 1, §. 6. — Nur Meyer, Principes sur les questions transitoires, trifft hierin das Richtige. Sein Beweis aber ist schlechter als gar keiner. Denn einerseits sucht er nur in höchst oberflächlicher Weise die regula Catoniana zu widerlegen, die aber hier überhaupt gar nicht in Betracht kommt; andererseits stützt er sich, als auf seinen positiven Beweis, auf die Bestimmungen über das Testamentum militare, die aber, wie schon Merlin am zuerst angeführten Orte gezeigt hat, durchaus das nicht sagen, was Meyer sie sagen läßt, und endlich ruft er ein Urtheil des pariser Cassationshofs vom 28. Germinal XI und des turiner Appellhofs vom 7. Juni 1809 für sich an, zwei Urtheile, die ihm ebenso wenig zur Seite stehen, da das erste nur den Umfang der disponibeln Vermögensquote und das zweite nur die Indignität des Legatars lediglich von den Gesetzen zur Todeszeit abhängen lassen; Punkte, über welche in der heutigen Jurisprudenz gar kein Streit ist und die nichts mit der Testamentsfähigkeit des Testators zu thun haben.

Was uns betrifft, so haben wir in §. 10 (s. S. 313—336) in systematischer Weise den gedankenmäßigen und juristischen Unterschied zwischen der factischen und der durch Gesetzwechsel eintretenden Veränderung entwickelt und bewiesen, und kann nach unsern dortigen Ausführungen die Convalescenz des Testaments bei einer durch Gesetzwechsel während des Lebens des Testators eingetretenen Testamentsfähigkeit desselben keinem Zweifel mehr unterliegen. Hierauf muß also hier zurückverwiesen werden. Inzwischen läßt sich — so wenig jene Rückverweisung, in der das Nachfolgende erst seine systematische und umfassende Grundlage gewinnt, dadurch überflüßig wird — dieser Nachweis auch hier unter näherer Bezugnahme auf die Natur des Testaments in Kürze erbringen.

Der Unterschied nämlich der durch factische Aenderung in den Verhältnissen des Individuums bei identischem Gesetz und der durch neue Gesetze eingetretenen Testamentsfähigkeit liegt auf der Hand. Im Falle der factischen Aenderung ist die Unfähigkeit des Testators zur Zeit der Testamentserrichtung eine solche, die auch noch von dem jetzt — zur Todeszeit — geltenden Gesetz anerkannt wird. Wird also auf das bestimmte Testament als Product gesehen, so liegt ein solches vor, welches von jemand (einem Deportirten, einem filiusfamilias) errichtet worden ist, der auch noch nach dem jetzigen Gesetz zu dieser Handlung unfähig sein würde. Ist dagegen die Testamentsfähigkeit unter gleichbleibenden factischen Umständen durch Gesetzeswechsel eingetreten, so kann nicht mehr gesagt werden, daß das Testament von jemand errichtet worden, der auch nach dem jetzigen Gesetz zu dieser Handlung unfähig sein würde, und dessen Unfähigkeit also auch noch vom Standpunkt des heutigen Gesetzes anerkannt wird.

Der diametrale Gegensatz, der sich in diesem Unterschied aufthut, wird nicht geleugnet werden können. Nun dennoch bei dem unter dem heutigen Gesetze vom Testator hinterlassenen Testamente eine Unfähigkeit des Testators auf Grund des aufgehobenen Gesetzes, und trotz des sie nicht mehr anerkennenden heutigen Gesetzes, annehmen wollen, wäre, wie sich bald zeigen wird, nichts anderes als das Entgegengesetzte der Rückwirkung, d. h. nicht Nichtrückwirkung, sondern ein Hineinschleifen

und Fortsetzen des untergegangenen Gesetzes in das Herrschgebiet des gegenwärtigen und ihm entgegenstehenden, und somit eine Verleugnung des letztern.

Wenn man nämlich näher auf die Natur des Testaments eingeht, so zeigt sich, daß die sehr richtige römische Lehre über die factische Veränderung der Testamentsfähigkeit — also die Forderung der Testamentsfähigkeit zu beiden Zeiten, zur Zeit des Testirens und zur Zeit des Todes — auf folgendem guten Grunde beruht: zur Zeit, wo der Testator testirte, konnte er — bei mangelnder Fähigkeit — nicht wollen, und wollte also deshalb nicht; denn es ist sogar tautologisch, daß jemand, der nicht wollen kann, eben auch nicht will. Zur Zeit, wo der Testator starb, konnte er wollen, wollte aber nichts. Da also der Testator das eine mal nicht wollen konnte, das andere mal nicht wollte, so liegt gar keine Willensverfügung vor. Die confirmatorische Thätigkeit zur Zeit des Todes findet nach den zu dieser Zeit selbst geltenden Gesetzen kein Product eines gültigen Willens vor, das sie bestätigen könnte.

Wenn aber der Testator statt durch factische Veränderung durch ein neues Gesetz die Testamentsfähigkeit erhalten hat, so ist die Lage folgende:

Das jetzt geltende Gesetz erkennt die Unfähigkeit eines solchen Testators oder die Ungültigkeit des von einem solchen errichteten Testaments nicht mehr an. Indem es vielmehr denselben unter Aufhebung der frühern Prohibition als einen Willens- und Testamentsfähigen anerkennt, erkennt es ihn zugleich als einen solchen an, der, nach dem jetzt vorhandenen allgemeinen Rechtsbewußtsein des Volkes, als seit je an sich willens- resp. testamentsfähig anzuschauen sei (s. oben S. 314—315), während dies in keiner Weise bei dem begnadigten deportatus oder dem emancipirten filiusfamilias eintritt, denen die Testaments- resp. Vermögensfähigkeit nur wird, ohne daß diese factischen Ereignisse im geringsten die Bedeutung haben, daß ihnen diese Fähigkeit schon früher an sich ingewohnt habe und blos zur Anerkennung gekommen sei. Aber wenn im Falle der gesetzlichen Aenderung das jetzige Rechtsbewußtsein des allgemeinen Geistes den Testator auch als einen an sich von jeher testamentsfähigen anschaut, so weiß es doch festzuhalten, daß die Wirklichkeit das Reich

des geltenden Rechts, nicht des Ansich ist, und daß jene an-sich vorhandene Testamentsfähigkeit des Testators oder die an sich vorhandene Gültigkeit seines Testaments erst mit dem Eintritt des neuen Gesetzes wirklich geworden ist und somit erst von da ab an ihnen hervortritt.

Das jetzige Rechtsbewußtsein weiß also auch das untergegangene Recht zu respectiren und — denn dies ist der wahre Sinn der Nichtrückwirkung — dem Einflusse desselben als des damals Wirklichen die Wirkungen zu überlassen, die während der Zeit seiner Herrschaft eingetreten sind. Solche Wirkungen kann aber das Testament seiner Natur nach gar nicht haben, da es erst zur Todeszeit in Wirksamkeit tritt. In Bezug aber auf das von der Zeit des neuen Gesetzes ab Eintretende, so haben wir oben gesehen und an den gesetzlichen Bestimmungen über Eherecht, Legitimität der Kinder u. s. w. näher belegt, wie sich eben dadurch der Rechtswechsel von dem factischen Wechsel unterscheidet, daß die Gültigkeit der Willenshandlung, die von dem jetzigen, die frühern Prohibitionen tilgenden Gesetz als eine von jeher an sich vorhandene angeschaut wird, sogar bei schon früher begonnenen Rechtsverhältnissen, *ab nunc* (d. h. in Bezug auf die erst von jetzt ab entstehenden Wirkungen) an ihnen hervortritt. Denn eben von jetzt ab ist jenes Ansich durch den neuen Inhalt des Rechtsbewußtseins zur Anerkennung und somit zur rechtlichen Wirklichkeit gelangt. Um so mehr wird dies also bei dem Testamente der Fall sein müssen, als einem Acte, der von Haus aus dazu bestimmt ist, bis dahin unverbindlich und stets widerruflich, erst zur Zeit des Todes rechtliche Wirklichkeit zu empfangen. Die Testamentsfähigkeit des Testators und die Gültigkeit des Testaments wird also nach dem neuen Gesetz, in Bezug auf die erst nach seinem Erscheinen durch den Tod der Testatoren in rechtliche Wirklichkeit getretenen Testamente, unmöglich verkannt werden können.

Käme es uns nur darauf an, einen hinreichenden juristischen Beweis für unsere Behauptung zu liefern, während es uns überall am meisten darauf ankommt, von der causa sufficiens zu der causa finalis aufzusteigen, um so den Zusammenhang einer blos juristischen Wahrheit mit den innersten Gesetzen des Geistes darzulegen, so würden wir uns weit kürzer haben fassen können!

Wir würden dann nämlich unter Bezugnahme auf unsere Theorie des Testaments blos haben zu sagen brauchen:

Ob eine Willensdisposition fähig ist, durch eine Confirmation juristische Wirksamkeit und Gültigkeit zu erhalten, ist eine Frage, zu deren Bejahung es lediglich auf die Gesetze zur Zeit der Confirmation (also des Todes) ankommen kann.

Dieser juristische Beweis ist hinreichend und unwiderleglich. Seine causa finalis, sein letztes Verständniß und seinen innern Zusammenhang mit den Gesetzen des Geistes, findet derselbe und das durch ihn bewiesene Resultat erst in dem Obigen, verbunden mit der ausführlichern in §. 10 gegebenen Entwickelung.

Wir haben also gesehen, daß es beim Gesetzwechsel — zum Unterschied von der factischen Veränderung — für die Testamentsfähigkeit immer nur auf das Gesetz zur Zeit des Todes ankommt. Wenn jetzt gefragt wird, ob nicht irgendwo im juristischen Pantheon eine positive Anerkennung des von uns gewonnenen Resultats zu finden sei, so wollen wir uns auf keine Untersuchung darüber einlassen, ob in der zur regula Catoniana [1]) von Ulpian gethanen Aeußerung: „Regula Catoniana ad *novas leges* non pertinet", eine Bestätigung unserer Theorie über den Unterschied des factischen und des Gesetzeswechsels zu erblicken sei, oder ob dies „novas leges" nur auf die Caducitätenbestimmungen der L. Julia und L. Papia Poppaea zu beziehen sei. [2])

Eine glänzende Anerkennung aber findet jedenfalls unsere Theorie in den §§. 11—13, Tit. 12, Thl. 1, des Allg. Landrechts, welche also lauten:

§. 11. Die Fähigkeit oder Unfähigkeit eines Erblassers muß nach dem Zeitpunkt, wo er seinen letzten Willen errichtet hat, beurtheilt werden.

---

1) L. I de regula Catoniana (34, 7): Catoniana regula sic definit quod, si testamenti facti tempore decessisset testator, inutile foret, id legatum, quandocunque decesserit, non valere; quae definitio — fügt Celsus hinzu — in quibusdam falsa est. Uebrigens bezieht sich die Catonianische Regel nicht auf Erbschaften; s. Papinian, L. 3 eod. tit.

2) Vgl. Cujacius, Observ., lib. 14, th. 4; Gothofredus ad L. 5 de reg. Caton.; Pothier, Pandect., lib. 34, tit. 7, art. 2, not. c; Voët. ad Dig., Tit. de reg. Caton., N°. 1.

§. 12. War zu dieser Zeit der Erblasser wegen eines natürlichen Mangels seinen letzten Willen zu erklären unfähig, so bleibt die Verordnung ungültig, wenn auch der Mangel in der Folge gehoben wird.

(Hier ist also eine factische Beseitigung des Mangels gemeint.)

§. 13. Stand ihm aber nur das Verbot eines positiven Gesetzes, welches sich nicht auf einen Mangel der natürlichen Fähigkeit zur Willenserklärung bezieht, dabei entgegen, so wird die Verordnung gültig, wenn das Hinderniß in der Folge hinweggefallen ist.

Hier ist also die Beseitigung einer auf Rechtsgründen beruhenden Unfähigkeit gemeint. Es ist also die oben entwickelte Theorie, welche dem Landrecht offenbar vorschwebt. Nur daß ihm dieselbe nicht zu voller bewußter Klarheit gekommen, und deshalb eine Verschiebung und ein Misverständniß seiner selbst im Landrecht dabei eintritt. Die factische Beseitigung des Mangels verschiebt sich ihm nämlich im §. 12 in die Beseitigung eines natürlichen Mangels, eine Verwechselung, die dadurch nahe lag, daß in der That der natürliche Mangel der Testamentsfähigkeit entweder immer nur auf factische Weise beseitigt werden kann — wie z. B. der Wahnsinn — oder doch meistens durch factische Veränderung beseitigt wird, wie z. B. das mangelnde Alter. So identificirt sich dem Landrecht die factische Beseitigung der Unfähigkeit und die Beseitigung natürlicher Unfähigkeiten, und während der Gedanke an jene das eigentlich treibende Moment seiner Bestimmungen ist, spricht es von dieser.[1]) Die Folge davon ist nun die positive Unrichtigkeit, daß nur die rechtliche Aufhebung eines solchen Prohibitivgesetzes, „welches sich nicht auf einen Mangel der **natürlichen** Fähigkeiten zur Willenserklärung bezieht", die Gültigkeit des Testaments hervorbringen soll. Allein auch die auf einem Mangel natürlicher Fähigkeiten beruhende Testamentsunfähigkeit kann durch Gesetzwechsel beseitigt werden, wie dies zwar nicht wohl

---

1) Als wenn nicht auch bei dem Mangel einer blos rechtlichen Fähigkeit das Testament ungültig bliebe, wenn dieser Mangel dann auf nur factischem Wege beseitigt wird. Dies würde jedoch immer noch nach dem Landrecht als Folge von §. 11 daselbst der Fall sein.

beim Wahnsinn, aber z. B. bei Stummen [1]) eintreten kann, welche nach älterm Römischen Recht testamentsunfähig waren, durch Justinian aber diese Fähigkeit erhielten [2]), und wie dies viel häufiger in Bezug auf das Alter eintritt, welches die Gesetze zur Testamentsfähigkeit erfordern. Heben neue Gesetze solche Unfähigkeiten auf, so ist, obgleich dieselben auf natürlichen Eigenschaften beruhten, ihre Beseitigung nicht auf factische Weise, sondern immerhin durch Aufhebung eines „positiven Verbotsgesetzes" eingetreten. Ja noch mehr! Unter der Herrschaft der neuen Gesetze, welche z. B. das zur Testamentsmündigkeit erforderliche Alter verringern, kann man, streng gesprochen, nicht einmal mehr sagen, die frühere Unfähigkeit beruhe auf einem natürlichen Mangel. Denn da das jetzige Rechtsbewußtsein die Testamentsunfähigkeit bei diesem bestimmten Alter nicht mehr anerkennt, so läßt sich jetzt eben nicht mehr festhalten, daß dies Alter einen Mangel der natürlichen Fähigkeit zu dieser Willenserklärung in sich schließe, da ihm jetzt diese natürliche Fähigkeit ja vielmehr eingeräumt wird. Der frühere natürliche Mangel stellt sich also jetzt als ein damals nur vom Gesetz verhängter, somit ganz wie ein nur auf Rechtsgründen beruhender Mangel dar, und kann deshalb auch in diesem Falle gar nichts anderes eintreten, als bei der Beseitigung positiver, rechtliche Unfähigkeit begründender Verbotsgesetze überhaupt. Das Landrecht verfehlt dies blos, weil ihm vorzugsweise häufig das Schicksal zustößt, das wir so oft an ihm wie an den Autoren nachgewiesen haben, unter der Einwirkung großer und richtiger Gedanken zu stehen, die aber, weil sie nicht zur letzten Sichselbstdurchsichtigkeit fortgebildet sind, in ihrer Verwirklichung in Ungleichheit mit sich selbst gerathen. [3])

---

1) An diese konnte hier das Allg. Landrecht freilich nicht denken, da es in §. 26 daselbst (Thl. 12, Thl. 1) Tauben wie Stummen testamentifactio einräumt.

2) L. 10 C. qui test. poss. (6, 22).

3) Unrichtig aber und ganz den Geist der angezogenen Paragraphen des Allg. Landrechts verfehlend ist die Consequenz, die Bornemann (a. a. O., S. 47) aus ihnen entwickeln will, nämlich, daß nach dem Landrecht ein Testament, bei dessen Errichtung dem Testator keine gesetzliche

Endlich ist hier noch der Ort, hervorzuheben, wie erst bei unserer Testamentstheorie, nach welcher das Testament statt ein bis in die Todeszeit sich hineinschleifender und daselbst erst sich beendigender Act zu sein, vielmehr ein für sich fertiger und abgeschlossener Act mit einer als zur Todeszeit eintretend gedachten ebenso abgeschlossenen Confirmation ist, sich die völlige Einflußlosigkeit aller Mittelzeiten in factischer wie rechtlicher Hinsicht und somit die innere Nothwendigkeit der römischen Regel: media tempora non nocent, wahrhaft begreift, und daß es sich daher keineswegs so verhält, wie Savigny (S. 453) bei seiner Theorie des Testaments freilich annehmen muß, daß die Fortdauer der Fähigkeit in der „ganzen Zwischenzeit" eine „Consequenz strenger Theorie" bilde, welche nur als dem „praktischen Bedürfniß nicht entsprechend" beseitigt worden sei.

D. Persönliche Fähigkeit des Testators in Bezug auf seine physischen Eigenschaften.

Wir haben diesen Punkt bereits soeben berührt, müssen ihn gleichwol aber noch näher entwickeln, sowol wegen der großen Verwirrung, welche die Autoren durch die Nichtunterscheidung des nur scheinbar Identischen, in der That aber ganz Entgegengesetzten dabei anrichten, als um den Zusammenhang desselben

---

Beschränkung (aus Rechtsgründen) entgegenstand, auch unter einer Gesetzgebung gültig bleibt, welche dergleichen den Testator treffende Einschränkungen einführt, weil — nach jenen Paragraphen das Testament, welches wegen einer solchen zur Zeit der Errichtung bestehenden Beschränkung ungültig sein würde, mit der Einführung eines die Beschränkung aufhebenden Gesetzes gültig wird; daß es also für das Landrecht immer hinreiche, wenn dem Testator nur zu einer der beiden Zeiten, zur Zeit des Testaments oder des Todes testamentifactio zustand!! Diese Irrlehre liegt aber dem Landrecht gänzlich fern. Dasselbe stellt jedenfalls vielmehr nur die Lehre auf, daß es (§. 11 und 12) bei blos thatsächlicher Veränderung nur auf die Zeit des Testaments, und bei blos rechtlicher Veränderung durch Beseitigung eines sich nicht auf natürliche Fähigkeiten beziehenden Verbotsgesetzes nur auf die Zeit des Todes ankomme. Gerade deswegen müßte es auch nach dem Allg. Landrecht bei der rechtlichen Veränderung, welche in Einführung eines sich nicht auf natürliche Fähigkeiten beziehenden Verbotsgesetzes besteht, ebenso nur auf die Zeit des Todes ankommen, was ganz mit der richtigen Theorie stimmt.

mit unserer Testamentstheorie aufzuzeigen. Wir haben zunächst wieder zu unterscheiden factische und rechtliche Veränderung der Fähigkeit.

a. Factische Veränderung.

Die heute geltenden physischen Ursachen der Testamentsunfähigkeit sind: Wahnsinn und mangelndes Alter (Testamentsunmündigkeit). Beim Wahnsinn kann die factische Veränderung nach beiden Seiten hin eintreten. Ein Wahnsinniger kann ein Testament errichten und zur Zeit des Todes seines Verstandes mächtig sein. Und umgekehrt kann ein Vernünftiger testiren und zur Zeit des Todes wahnsinnig sein. Bei der Testamentsunmündigkeit dagegen ist die factische Veränderung nur nach einer Seite hin möglich. Ein Testamentsunmündiger kann testiren und zur Zeit des Todes das testamentsfähige Alter bereits erreicht haben. Dagegen ist es natürlich nicht möglich, daß ein Testator, der das erforderliche Alter bereits erreicht hat, auf anderm Wege als durch Gesetzeswechsel die Altersfähigkeit zum Testament wieder verliert.

In diesen stets unbeachtet gelassenen Unterschieden liegt gleichfalls eine Quelle der Verschiedenheit der rechtlichen Behandlung, die sich uns für beide Arten der Unfähigkeit ergeben wird.

Wenn nun der Testator zur Zeit der Testamentserrichtung wahnsinnig oder noch nicht im Besitz des erforderlichen Alters gewesen ist, zur Zeit des Todes aber unter demselben Gesetze das nöthige Alter oder seine Vernunft erlangt hat, so treten — denn insoweit laufen beide Unfähigkeiten vollständig miteinander parallel — folgende Consequenzen aus der oben entwickelten Natur des Testaments ein:

Wahnsinn und mangelndes Alter sind, als physische Eigenschaften, zur factischen Willensthätigkeit des Testators gehörig. Ohne Vernunft, sei es nun, daß dieselbe wegen Geisteskrankheit oder wegen überhaupt noch nicht eingetretener geistiger Entwickelung, also wegen mangelnden Alters fehlt, liegt gar kein Dasein eines wahrhaften Willens vor. Ist ein solcher Wille gar nicht da, so findet auch die confirmatorische Thätigkeit zur Zeit des Todes gar nichts vor, was bestätigt werden könnte, und es tritt also hier ganz dasselbe ein, was wir oben (S. 482, 486) bereits

gesehen haben: als der Testator wollte, konnte er nicht wollen; oder vielmehr, er wollte ebendeshalb auch gar nicht, sondern es wurde nur ohne den erforderlichen wahren Willen äußerlich etwas hingeschrieben. Und zur Zeit als der Testator wollen konnte, wollte er nichts. Denn die Confirmation, obgleich sie, wie wir gesehen haben (S. 477 fg.), gleichfalls das Moment der thatsächlichen Nichtveränderung des Willens enthält, enthält ebendeshalb keinen näher bestimmten und specialisirten Willen, sondern setzt einen solchen bereits anderwärts ausgedrückten voraus, dem sie nur Bestätigung verleiht.

Es zeigt sich somit, daß die zur Zeit des Testaments vorhandene Unfähigkeit aus physischen Gründen durch factische Beseitigung derselben zur Zeit des Todes nicht geheilt wird.

Wenn umgekehrt der Testator zur Zeit des Testaments vernünftig war und später durch factische Veränderung, wofür, wie bereits bemerkt, bei der Mündigkeit keine Parallele möglich ist, in Wahnsinn verfällt, so ergibt sich aus der Natur des Testaments Folgendes: Es liegt ein gültiges Testament eines Willensfähigen vor. Dieser Act ist für sich fertig und vollendet. Nur bedarf er noch einer Confirmation.

Diese besteht aber, wie wir oben gesehen, in einer Nichtveränderung des Willens bis zum Tode. Ein solches Nichtanderswollen liegt aber hier vor. Denn solange der Testator bei gesunder Vernunft war, hat er den Willen nicht verändert, und von der Zeit des Wahnsinns ab, resp. beim Tode, ist so wenig ein Anderswollen vorhanden, daß der Testator vielmehr jetzt nicht einmal anders wollen konnte. Es liegt somit auch zur Zeit des Todes ein Nichtanderswollen nicht vor, und die Bedingung der factischen Nichtveränderung des Willens, an welche das Testament gebunden bleibt, ist daher erfüllt. Die juristische Seite der Confirmation zur Zeit des Todes steht aber vollends nicht in Frage, da die Unfähigkeit des Wahnsinnigen keine juristische, sondern eine blos thatsächliche, auf physischen Eigenschaften beruhende ist, oder mit andern Worten: nicht das Gesetz als solches ihn hindert, seinen Willen geltend zu machen, das Hinderniß vielmehr nur darin besteht, daß er keinen Willen hat, und, hätte er einen solchen, ihm jede Dispositions-

befugniß über sein Vermögen zustehen würde.[1]) Insofern also ein wahrhafter und nicht geänderter Wille des Wahnsinnigen vorliegt, wie dies bei dem aus der Zeit geistiger Gesundheit herrührenden Testament der Fall, ist die juristische Fähigkeit zur Confirmation zur Zeit des Todes außer allem Zweifel.

Es leitet sich also aus der rechtlichen Natur des Testaments die mit dem Römischen Recht[2]) vollkommen übereinstimmende Lehre ab, daß es bei factischen Veränderungen der in physischen Eigenschaften beruhenden Fähigkeiten lediglich auf die Fähigkeit zur Zeit der Testamentserrichtung, niemals auf diejenige zur Zeit des Todes ankommen kann.

b. Rechtsveränderung.

Wie die einmal vorhandene Testamentsmündigkeit nicht durch factische Veränderung in Unfähigkeit übergehen kann, so kann beim Wahnsinn keine Veränderung der Unfähigkeit in Fähigkeit oder umgekehrt durch Rechtswechsel eintreten, da es keine Gesetzgebung geben wird, welche Handlungsfähigkeit beim Wahnsinn annehmen würde, und die Differenz der Gesetzgebungen hier also nur Nebenpunkte betreffen könnte. Hier also beschränkt sich die Untersuchung auf die an das natürliche Alter geknüpfte Testamentsmündigkeit. In Bezug auf diese kann die rechtliche Veränderung nach beiden Seiten hin eintreten.

Es kann der testamentsmündige Testator durch Gesetzwechsel unfähig werden. Es kann umgekehrt der Testator zur Zeit des Testaments nach dem damaligen Gesetze unfähig gewesen sein, während er nach dem zur Zeit des Todes geltenden Gesetze die Testamentsmündigkeit schon zur Zeit des Actes besessen haben würde.

Nach Gemeinem Recht tritt die Testamentsmündigkeit für Weiber mit dem vollendeten zwölften, für Männer mit dem vollendeten vierzehnten Jahre ein, nach französischem Recht, ohne Unterschied des Geschlechts, mit dem vollendeten sechzehnten, nach preußischem Recht mit dem vollendeten vierzehnten Jahre.

---

1) Diese rein factische, nicht juristische Natur der Unfähigkeit aus Wahnsinn tritt besonders deutlich in der Fähigkeit des Wahnsinnigen hervor, in den lucidis intervallis zu testiren.

2) Siehe die Stellen in Anm. 1 zu S. 482.

Wenn also ein Mädchen von 13 Jahren unter der Herrschaft des preußischen Rechts ein Testament macht und bald darauf das Gemeine Recht eingeführt wird, so fragt es sich, ob das Testament, wenn das Mädchen jetzt stirbt, gültig ist. Savigny (a. a. O., S. 463), Bornemann (a. a. O., S. 15) und die Autoren im allgemeinen verneinen diese Frage unbedingt. Wir haben aber bereits oben S. 382 gesehen, daß den Grundsätzen zufolge ebenso unbedingt vielmehr das Gegentheil angenommen werden muß.

Man hat sich hierbei immer von der Analogie leiten lassen, daß durch das unter identischem Gesetz später eintretende Alter der Testamentsmündigkeit das frühere Testament nicht gültig wird. Allein der Unterschied ist wieder der diametrale, daß bei dieser blos factischen Veränderung auch das jetzige Gesetz in dem Alter des Testators zur Zeit des Testaments ein die Elemente einer Willenserklärung, Vernunft und Ueberlegung ausschließendes erblickt und durch das Aelterwerden des Testators der Charakter des Testaments, kein Willensproduct zu sein, gar nicht berührt wird. In dem gegenwärtigen Falle aber erkennt umgekehrt das jetzige Gesetz an dem Testator zur Zeit des Testaments ein willensfähiges und hinreichend vernunftreifes an, und kann somit, ohne mit seinem eigenen gesetzlichen Inhalt in Widerspruch zu treten, das jetzt erst hinterlassene und durch den Tod mit rechtlicher Wirksamkeit bekleidete Product nicht als ein solches behandeln, das Ausfluß einer willenslosen Thätigkeit sei. [1]) Ebenso wenig würde hieran der Einwurf etwas

1) Man muß sich hüten, dieses Resultat etwa durch Fictionen, wie die folgende, beweisen zu wollen: Dadurch, daß der Testator erst unter der ihm von dem neuen Gesetze eingeräumten Willensfähigkeit gestorben sei, sei er so anzusehen, als habe er seitdem das Testament von neuem gemacht. Solche Fictionen zeigen in der Regel immer nur den Ausdruck eines Mangels an scharfem Denken, das sie und ihre Irrthümer vermeiden würde. Soweit diese Fiction Richtiges enthält, ist sie nur eine factische Einkleidung und Verdunkelung des oben in principieller Schärfe Entwickelten. Die Fiction selbst ist aber gar nicht richtig, da sie den Unterschied des Richtigen und Unrichtigen nicht in sich enthält. Wäre sie richtig, so müßte sie nothwendig auch da eintreten, wenn das Testament zwar in einem auch noch nach dem neuen Gesetz unfähigen Alter errichtet, der Testator aber erst später in testamentsmündiger Zeit gestorben wäre, d. h. sie müßte überhaupt da ein-

ändern, daß sich das Verbotsgesetz zur Zeit der Errichtung nur auf einen Mangel der natürlichen Fähigkeit bezog. Wir haben vielmehr schon S. 490 bei der Kritik des Allg. Landrechts gezeigt, daß, streng genommen, nachdem das neue Gesetz da ist, auch dies nicht einmal zugegeben werden kann, daß der Mangel zur Zeit der Errichtung ein Mangel der natürlichen Fähigkeit war. Denn da das jetzige Gesetz in jenem bestimmten Alter und Geschlecht keinen solchen natürlichen Mangel mehr anerkennt, erscheint jetzt auch der damals vorhandene Mangel der Fähigkeit nicht ein natürlicher, sondern nur ein durch das damalige Civilrecht eingeführter gewesen zu sein, dessen Inhalt als solcher für heute nicht mehr verbindlich ist. Es gilt hier also alles das, was oben über die Veränderung der juristischen testamentifactio gesagt worden ist. Soll endlich der aus der rechtlichen Natur des Testaments folgende Beweis kurz zusammengefaßt werden, so ergibt er sich aus folgenden zwei Sätzen, gegen die nicht einmal der Versuch eines Widerspruchs wird gemacht werden können. Das Testament ist eine an die Bedingung einer spätern, im Nichtwiderruf bis zum Tode bestehenden Bestätigung gebundene Willenserklärung. Und ob eine an die Bedingung einer spätern Bestätigung gebundene Willenserklärung hinreichend die Elemente eines wahrhaften Willens in sich enthalte, um durch die Bestätigung juristische Wirksamkeit erlangen zu können, ist eine Frage, die lediglich nach den zur Zeit der Bestätigung bestehenden Gesetzen über die für das Dasein eines gültigen Willens erforderlichen Elemente zu entscheiden ist.

Hiermit ist also zugleich auch schon die Entscheidung für den umgekehrten Fall gegeben, wenn ein dreizehnjähriges Mädchen unter Gemeinem Rechte ein Testament gemacht hat und unter preußischem Rechte vor vollendetem vierzehnten Jahre oder unter französischem Rechte vor vollendetem sechzehnten Jahre stirbt. Das Testament ist dann ungültig. Gleichwol entscheiden die Autoren ganz bestimmt das Gegentheil. [1]) Aber die vollständige

---

treten, wo auch durch blos factische Veränderung unter identischem Gesetz der zur Zeit des Testaments unfähige Testator erst im Alter der erlangten Testamentsmündigkeit starb, und das Testament müßte also auch in diesen Fällen als fictiv neu gemacht gültig sein, was ganz falsch wäre.

1) Vgl. Savigny, a. a. O.; Bornemann, a. a. O., u. A.

Falschheit dieser Entscheidung ist schon durch die beiden letzten Beweissätze nachgewiesen. Man kann sich nicht darauf berufen, daß ja auch bei dem Wahnsinnigen, der es zur Zeit des Testaments nicht war, nicht auf die Zeit des Todes, sondern nur auf die des Testaments gesehen werde, und es sich doch hier wie beim Unmündigen nur um physische Eigenschaften handele. Nichts ist täuschender als diese Scheinanalogie! Von dem Wahnsinnigen erkennt ja das Gesetz auch noch zur Zeit des Todes an, daß er zur Zeit der Testamentserrichtung gesund und willensfähig gewesen sei. Es kann somit unmöglich, wie wir oben näher gesehen haben (S. 493 fg.), der in einem von ihm, dem Gesetze, als willensfähig anerkannten Zustand geäußerten und unwiderrufenen letztwilligen Verfügung die Wirksamkeit versagen.

Ganz anders bei dem durch ein späteres Gesetz testamentsunmündig Gewordenen.

Hier erkennt das jetzige Gesetz auch zur Zeit der Testamentserrichtung die natürliche Willensfähigkeit nicht als vorhanden an, und müßte sie in rechtlicher Hinsicht nur in Bezug auf solche individuelle Acte und Handlungen anerkennen, die auch schon unter der Herrschaft des damaligen, anders denkenden Gesetzes in juristische Existenz getreten sind. Dies ist aber bei dem an die Bedingung des Widerrufs gebunden bleibenden Testamente erst zur Todeszeit der Fall. Oder umgekehrt die Sache von ihrer andern Seite betrachtet: der Wahnsinnige ist durch einen rein factischen Vorgang, an dem kein Gesetz theilgenommen hat, willensunfähig geworden. Im Unterschiede aber von dem frühern Gesetze, welches die natürliche Willensfähigkeit zum Testament schon in dem Alter von 13 Jahren erblickte, muß das jetzige Gesetz, welches sie erst in einem Alter von 16 Jahren erblickt, schon durch diesen Vergleich einsehen, daß die Willensunfähigkeit vor dem vollendeten sechzehnten Jahre gar nicht mehr blos eine natürliche, sondern vor allem auch eine durch das Civilrecht eingeführte Unfähigkeit, eine Unfähigkeit *jure civili* ist. Mit andern Worten: wenn der allgemeine Gedanke, daß Willensfähigkeit vor einem gewissen Alter und der dadurch bedingten Vernunftreife nicht vorhanden sei, eine natürliche Wahrheit und einen Mangel natürlicher Fähigkeit zu seinem Inhalt hat, so ist doch die genaue zahlenmäßige Fixirung des

bestimmten Jahres, in welchem jene Willensreife beginnen soll, eine Bestimmung von rein civilrechtlicher Natur, wie schon das Abweichen der verschiedenen Gesetzgebungen in dem Alterspunkte zeigt. [1]) Da diese Bestimmung eine civilrechtliche ist, so liegt also zur Zeit des Todes vor allem auch eine streng juristische Unfähigkeit vor, und ebendeshalb kann, weil die juristische Fähigkeit mangelt, eine wirksame Confirmation nicht eintreten — was, wie wir oben sahen, beim Wahnsinn gleichfalls nicht zutrifft — und das Testament ist also ungültig.

Wie absolut richtig und nothwendig dies Resultat ist, läßt sich schlagend durch eine deductio ad absurdum nachweisen. Wie nämlich, wenn das vierzehnjährige Mädchen unter preußischem Recht ein gerichtliches Testament errichtet hat, und nach Einführung des französischen Rechts noch vor vollendetem sechzehnten Jahre stirbt? Kann dies Mädchen, wenn es seinen Willen inzwischen geändert hat, vor dem Tode das Testament, das nach der bisherigen Ansicht gültig sein soll, mindestens abändern? Offenbar nein, und nach keiner Ansicht. Denn jetzt zu testiren hat das Mädchen ja unbestritten keine Fähigkeit. Bornemann zieht merkwürdigerweise selbst diese Consequenz, ohne sich doch durch dieselbe in der Bestimmtheit, mit der er die Sache

1) Wenn im altdeutschen Recht, weil die Erbfähigkeit hier auf der Idee der Gemeinschaft der Waffenfähigen beruht, der Krüppel weder Lehn noch Erbe nehmen kann (Sachsenspiegel, I, 4; ebenso die „minus potentes" der fränkischen Gesetze, s. Capit. II a. 805, c. 24; Capit. II a. 806, c. 2; Capit. IV a. 806, c. 3), wenn aus demselben Grunde nach dem Lehnsrecht der Stumme Lib. Feud., I, 6, §. 3, und nach Einigen auch (s. II F. 36) der „surdus, coecus, claudus vel aliter imperfectus" das Lehn nicht zurückhalten kann, — sind das nicht in natürlichen Eigenschaften beruhende Unfähigkeiten, die gleichwol von streng civiler Natur und also schlechterdings juristische Unfähigkeiten sind? Der anscheinende Widerspruch beseitigt sich sehr leicht. Die natürliche Unfähigkeit wird zur civilen und also juristischen Unfähigkeit dadurch, daß es nur der besondere historische Volksgeist ist, der jenen natürlichen Mangel als eine Ursache der Unfähigkeit anerkennt. Wenn ein natürlicher Mangel derart wäre, daß ihn alle Völker und Zeiten als Unfähigkeitsursache auffassen, da kann die uns beschäftigende Frage gar nicht entstehen, weil ja dann eben eine Differenz der Gesetzgebung ausgeschlossen ist.

im unmöglichen Sinne entscheidet, irre machen zu lassen. Er sagt (a. a. O., S. 15): „Wenn nun ein dreizehnjähriges Mädchen unter der Herrschaft des Gemeinen Rechts ein Testament errichtet hat, so wird dasselbe nach Einführung des Landrechts nicht ungültig; fortan kann aber das Mädchen ein anderweites Testament vor vollendetem vierzehnten Jahre nicht errichten." Also auch in dem von uns gesetzten Fall der Einführung des französischen Rechts nicht vor vollendetem sechzehnten Jahre. Welcher Monstreact ist denn aber nun aus diesem Testament geworden, welches gültig bleiben soll und dennoch für den Testator unabänderlich und unwiderruflich geworden ist? Denn wenn ein blos olographisches Testament allerdings stets durch bloße factische Vernichtung aus dem Weg geräumt werden kann, so würde doch da, wo, weil es die Gesetzgebung verlangte oder aus eigener Wahl, durch notariellen oder gerichtlichen Act testirt worden ist, dies Testament von jenem Mädchen auch nicht einmal widerrufen werden können. Denn ein Testament widerrufen, heißt gleichfalls testiren, eine letztwillige Verfügung treffen. Das Mädchen würde also weder das Testament abändern, noch auch nur, trotz des geänderten Willens, den Lauf des Intestatrechts herstellen können. Was hierbei eingetreten wäre, wäre also folgendes: Das stets widerrufliche und an die Fortdauer des Willens gebundene Testament, welches das Mädchen nur machte, weil es stets durch seinen bloßen Willen widerruflich war, wäre für dasselbe durch den Rechtswechsel zu einem unwiderruflichen, bindenden Acte geworden [1]), d. h. es wäre (vgl. oben S. 138 fg.) die schreiendste und crasseste Rückwirkung eingetreten, die durch ein späteres Gesetz geschehende nachträgliche Verwandlung eines bei seiner Errichtung an die Fortdauer des

1) Wir nannten dies Testament mit vollem Recht einen Monstreact. Denn es wäre kein Testament mehr, weil es durch den Rechtswechsel unwiderruflich und somit zur Obligation geworden ist, und wäre doch auch wieder keine Obligation, weil es nicht eine solche, sondern nur ein Testament sein soll. — Es wäre hier also indirect durch das neue Gesetz, und ohne Verfügung und Absicht desselben, das eingetreten, was die Römer ausdrücklich für unmöglich erklären. Hermogen., L. 22 de legat. et fideicom. 32 (III): . . . nemo enim eam sibi potest legem dicere, ut a priore (testamento) ei recedere non liceat.

freien naturalen Willens geknüpften Actes in einen mit Civilzwang bekleideten und obligatorischen, und also die vollständige Denaturirung der individuellen Handlung. — Zugleich sieht man hierbei in sehr interessanterweise, wie die abstracte juristische Formel durchaus nicht die Macht hat, den Begriff der Sache zu erschöpfen, der jeder bloßen Formel spottet. Denn diesmal wäre die Rückwirkung gerade durch die Nichtanwendung des neuen Gesetzes entstanden. [1]) Freilich stellt auch diese Nichtanwendung insofern eine Anwendung desselben dar, als durch das neue Gesetz dem Mädchen die fortdauernde Fähigkeit zur Testamentsänderung entzogen wird, wodurch eben die constitutiven Elemente des bereits errichteten Testaments verändert werden. Somit müßte man, wenn man unserer Meinung nicht beitreten und dieser Rückwirkung dennoch entgehen wollte, gar zu der unsinnigsten Consequenz kommen, daß das Mädchen, weil es einmal testirt hat, auch fernerhin trotz des neuen Gesetzes zu testiren fähig bleibt, daß also die Fähigkeit auch für die Zukunft keinem Solchen entzogen werden kann, der schon vorher einmal von ihr Gebrauch gemacht hat. Das heißt, man würde von einer Unmöglichkeit in die andere gerathen müssen.

Es zeigt sich also, daß bei der Rechtsveränderung auch in Bezug auf die in physischen Eigenschaften beruhende Rechtsfähigkeit immer nur nach dem Gesetz zur Zeit des Todes zu entscheiden ist.

E. Inhalt des Testaments.

Die Frage, ob der Inhalt der Dispositionen des Testators ein erlaubter ist, ist eine Frage danach, ob diese Dispositionen durch die gesetzlichen Bestimmungen davon ausgeschlossen werden, in Wirksamkeit zu treten; ist somit von vornherein nur eine Frage nach den rechtlichen Verhältnissen der Zeit, in welcher der Inhalt des Testaments in Wirksamkeit zu treten bestimmt ist, d. h. der Zeit des Todes.

---

1) Wie wir dies ähnlich bei den Familienfideicommissen gesehen haben; s. oben S. 405.

Oder unter näherer Bezugnahme auf unsere Darstellung des Testaments: die Erlaubtheit des Inhalts zur Zeit der Testamentserrichtung kann nicht helfen, wenn der Inhalt zur Zeit des Todes ein verbotener ist, weil dann die juristische Confirmation nicht eintreten kann, da der Testator die Befugniß zu derselben nicht mehr hat.

Umgekehrt: die Unerlaubtheit des Inhalts zur Zeit des Testaments wird völlig gleichgültig sein müssen, wenn sich derselbe nur zur Zeit des Todes als ein erlaubter darstellt, da die Frage, ob eine Disposition durch eine Confirmation Gültigkeit erhalten kann, nur von der Erlaubtheit der Disposition zur Zeit der Bestätigung abhängen kann.

Der Inhalt des Testaments — Pflichttheil, Präterition, Substition, unerlaubte Bedingung — kann daher, sowol bei factischen Veränderungen, als bei Gesetzwechsel immer nur nach der Zeit des Todes beurtheilt werden.

Es ist um so weniger nöthig, hierüber etwas Weiteres zu sagen, da auch nach der bisherigen Theorie die Zeit des Todes als die in Bezug auf den Inhalt allein maßgebende bereits allgemein anerkannt ist [1]) (s. Savigny, a. a. O., S. 454 fg., 463 fg.).

F. Persönliche Fähigkeit des Honorirten.

Hier hat Savigny (a. a. O., S. 457 fg.) bereits treffend entwickelt, wie die von den Römern geforderte Fähigkeit des Honorirten zur Zeit des Testaments blos in der Mancipationsform des römischen Testaments wurzelt, vermöge deren das Ganze die Gestalt eines fingirten Erbvertrags annahm, weshalb dann die im Testament bedachten Personen die persönliche Fähigkeit zur Zeit des imaginären Vertrags haben mußten.

---

1) Der einzige Einwurf, der hiergegen gemacht werden könnte, wäre der, daß, auch wenn der Testator erst nach dem von ihm im Testamente präterirten Suus starb, das Testament nach der Strenge des Civilrechts eigentlich nichtig bleibt und nur vom Prätor eine B. P. secundum tabulas daraus ertheilt wird (Ulpian, XVIII, §. 6; L. 12 pr. de injusto, 28, 3), die Aufrechterhaltung also nur durch künstliche Aushülfe eintritt. Aber das wahre Verständniß dieses Punktes kann sich erst beim Wesen des Erbrechts ergeben (Bd. 2).

An und für sich betrachtet dagegen sei die persönliche Fähigkeit des Honorirten als ein „zum Inhalt des Testaments gehörendes Stück" aufzufassen.

Von der römischen Lehre der tria tempora, in welchen die Fähigkeit des Honorirten vorhanden sein muß, falle daher die Zeit des Testaments als ein in blos speciell-historischen und bereits zur Zeit Justinian's verschwundenen Gründen wurzelnder Punkt schon um dessentwillen bei der heutigen Betrachtung der Frage von selbst fort.

So Savigny, und auch wir müssen es einstweilen noch bei dieser für das bloße Resultat als solches völlig ausreichenden, wenn auch nur ganz formellen Beweisführung, deren innerer Zusammenhang sich erst im zweiten Bande ergeben kann, bewenden lassen. Es bleiben daher aus der römischen Lehre noch die beiden Zeiten des Todes und des Erwerbs übrig, welche jetzt zu betrachten sind.

Die Fähigkeit des Honorirten zur Zeit des Todes erweist sich aus demselben Grunde als nothwendig, aus welchem sich die Fähigkeit zur Zeit des Testaments als überflüssig darstellt. Wem vermacht wird, ist eine zum Inhalt des Testaments gehörige Frage. Wie aus diesem Grunde die Fähigkeit des Honorirten zur Zeit des Testaments überflüssig ist, so ist sie zur Zeit des Todes als der die Erlaubtheit des Inhalts normirenden Zeit erforderlich, weil jetzt erst die testamentarische Verfügung in rechtliche Wirklichkeit treten soll und daher mit dieser übereinstimmen muß. [1]) Andernfalls würde, wenn der Hono-

1) Dies ist also der Grund, weshalb auch in Rom bei der bedingten Erbeinsetzung nur darauf gesehen wurde, ob die Fähigkeit des Honorirten zu der Zeit, wo die Bedingung eintritt, vorhanden sei; Celsus, L. 59, §. 4, de hered. instit. (28, 5): ... aut, si *sub conditione* heres institutus est, *quo tempore conditio existit.* Idem et in legatis et in bonorum possessionibus. Wenn er nicht pure zum Erben ernannt ist, so ist erst in der Zeit, wo sich entscheiden wird, ob der Betreffende wirklich Erbe werden können soll, die Uebereinstimmung seiner Fähigkeit mit dem System der Rechtswirklichkeit erforderlich. Seine Ernennung braucht jetzt erst der Rechtswirklichkeit zu entsprechen, weil sie auch jetzt erst in factische Wirklichkeit getreten ist. Man sieht daher, wie dies keine Ausnahme gegen das Frühere bildet.

rirte zu dieser Zeit unfähig ist, die zur Zeit des Todes vor sich gehende juristische Confirmation nicht ertheilt werden können und das Testament also ungültig sein.

Die Fähigkeit des Honorirten zur Zeit des Erwerbs der Erbschaft anlangend, so stellt sich dieser Punkt zunächst nicht als ein Ausfluß der besondern Natur des Testaments dar, sondern als ein Ausfluß der allgemeinen die Rechts- und Handlungsfähigkeit betreffenden Regel, nach welcher jemand zu einem Erwerb dann fähig sein muß, wenn er denselben vornimmt. Nur die Frage, wenn der Erwerb der Erbschaft, der testamentarischen wie der ab intestato zugefallenen, vor sich geht, ist eine solche, welche wieder durch das Wesen des Erbrechts bestimmt wird, und welche daher, wie wir bald näher sehen werden, unter den verschiedenen Gesetzgebungen und bei verschiedenen Klassen von Erben sich verschieden beantwortet.

Mit Recht wird die Fähigkeit des Honorirten zur Zeit des Erwerbs als der wichtigste von jenen drei Zeitpunkten von den Römern hingestellt: „In extraneis heredibus", sagt Florentinus [1], „illa observantur ut sit cum iis testamenti factio sive ipsi heredes instituantur, sive hi qui in potestate eorum sunt. Et id duobus temporibus inspicitur, testamenti facti, ut constiterit institutio, et mortis testatoris, ut *effectum habeat. Hoc amplius et quum adibit hereditatem* esse debet cum eo testamenti factio, sive pure sive sub conditione heres institutus sit, nam jus heredis *eo vel maxime tempore inspiciendum est, quo adquirit hereditatem.*"

Es ist daher auffällig, wenn bei Savigny in mehrfacher Weise die Fähigkeit des Honorirten zur Zeit des Erwerbs der Erbschaft ganz in den Hintergrund tritt. Zuerst zwar, bei Betrachtung der factischen Veränderungen, die in der Fähigkeit des Honorirten eingetreten sein können, bezeichnet Savigny (S. 458) diesen Zeitpunkt, ohne ihn weiter zu begründen, als einen solchen, der sich zwar von selbst verstehe, aber „überhaupt nicht wichtig" sei. Später, bei Betrachtung der gesetzlichen Veränderungen in der Fähigkeit des Honorirten erklärt Savigny (S. 465),

---

1) L. 49, §. 1, de hered. instit. (28, 5).

freilich nur dem Zeitpunkte der Testamentserrichtung gegenüber, daß diese Fähigkeit „ausschließend nach dem zur Todeszeit geltenden Gesetz zu beurtheilen“ sei, und läßt den Zeitpunkt des Erwerbs ganz unerwähnt, sodaß man fast zweifelhaft sein könnte, ob Savigny einem neuen, die Fähigkeit eines Testamentserben ausschließenden Gesetze, welches nach dem Tode des Testators und vor der Adition der Erbschaft eintritt, Anwendbarkeit auf die bereits durch den Tod eröffnete testamentarische Erbschaft einräumen will oder nicht.

Bei Gelegenheit der Intestaterbschaft erklärt Savigny (S. 483), daß die persönliche Fähigkeit, „zu irgendeiner Intestaterbschaft“ berufen zu werden — also die Civität —, nicht nur zur Zeit des Erbanfalls vorhanden sein, sondern bis zur Zeit des Erwerbs fortdauern müsse. Dieser Fähigkeit, zu „irgendeiner Intestaterbschaft“ berufen zu werden, setzt sich von selbst entgegen die Fähigkeit des Erben, zu der bestimmten Intestaterbschaft berufen zu werden, sodaß also diese letztere nach Savigny's Ansicht, wie auch seine weitere Entwickelung herausstellt, nach dem Gesetz zur Zeit des Erwerbs nicht mehr vorhanden zu sein brauchte. Versetzen wir dies auf den hierin noch ganz analogen Boden des testamentarischen Erbrechts, so würde also, nach Savigny, zwar die testamentifactio des eingesetzten Erben überhaupt, aber nicht seine Fähigkeit für die bestimmte Erbschaft zur Zeit des Erwerbs mehr erforderlich sein.

Es würde also z. B. wenn zwischen dem Tod des Erblassers und dem Erwerb der Erbschaft ein neues Gesetz erschienen ist, welches Concubinenkinder für unfähig erklärt, von ihren Erzeugern zu Erben eingesetzt zu werden, ein eingesetzter Erbe dieser Art nach Savigny durch das neue Gesetz am Erwerbe dieser Erbschaft nicht behindert sein.

Das Widersprechende[1]) dieses Resultats springt in die Augen. Wenn in dem angegebenen Falle die Unfähigkeit des Erben auch keine allgemeine, für alle Erbschaften überhaupt, ist, sondern das Hinderniß nur durch das persönliche Verhältniß des Erben zum

1) Wir bemerken ausdrücklich, daß wir bei dieser Untersuchung zunächst nur das Römische Recht vor Augen haben. Warum und inwiefern im französischen und preußischen Erbrecht ein anderes gelten würde, wird sich später zeigen.

Erblasser vermittelt ist, so ist doch durch dies inhaltliche Hinderniß für den bestimmten Erbschaftsfall eine ganz positive Unfähigkeit gegeben, eine Unfähigkeit, deren relative, blos bestimmten Erbschaften gegenüber geltende Natur ihr nicht eine andere Behandlung als der absoluten Unfähigkeit zuziehen kann, da in dem bestimmten Falle, in welchem jene Unfähigkeit wirklich eintritt, sie ebenso absoluter Natur ist, als die absolute Unfähigkeit bei allen Erbschaftsfällen überhaupt.

Dasselbe Resultat ergibt sich, wenn wir auf den Grundsatz zurückgehen, dessen Ausfluß, wie wir oben (S. 500 fg.) zeigten, das Erforderniß der Fähigkeit des Honorirten zur Zeit des Erbschaftserwerbs ist.

Der Schein der Rückwirkung bei der Anwendung dieses neuen Gesetzes entsteht dadurch, daß darauf gesehen wird, daß zur Zeit der testamentarischen Einsetzung und ihrer Bestätigung durch den Tod des Testators ein solches Verbot nicht vorhanden war. Allein die Nothwendigkeit der Fähigkeit zur Zeit des Erwerbs wurzelt, wie oben bereits hervorgehoben, gar nicht im Wesen des Testaments, sondern nur zunächst lediglich im Wesen der allgemeinen Rechts- und Handlungsfähigkeit. Jeder muß dann zu der bestimmten Handlung fähig sein, wenn er sie vornimmt; also auch zu dem Erwerbe der bestimmten Erbschaft. Nun ist aber der Erbe im unterstellten Falle zwar zum Erwerb von Erbschaften im allgemeinen, aber nicht dieser bestimmten Erbschaft befähigt. Bis zur Adition und bei derselben ist es aber die bestimmte Erbschaft, welche erworben wird, und erst durch die Acceptation wird die bestimmte Erbschaft in Erbrecht und Eigenthum überhaupt verwandelt. Es kann daher natürlich keinem Zweifel unterliegen, daß, wenn in dem Falle des unterstellten Gesetzes dasselbe auch erst noch so kurz nach der Adition erscheint, der Erbe berechtigt bleibt, mit der actio hereditaria alle einzelnen Gegenstände der Erbschaft in Anspruch zu nehmen. Aber zur Adition derselben ist er nach dem Erscheinen des ihn zu dem Erwerbe dieser Erbschaft unfähig erklärenden Gesetzes nicht mehr befugt.

So ergibt sich denn schon durch diese vorläufige Betrachtung das Einwirken des neuen Gesetzes auf die noch nicht angetretene Erbschaft.

Wir sind aber hierbei dem Principe nach bereits bei einer andern Frage angelangt, welche einer gründlichen Untersuchung bedarf und durch dieselbe, vermöge ihrer hierin ganz analogen Natur, auch die eben entwickelte Entscheidung erst wahrhaft feststellen wird; nämlich zu der Frage nach dem Einfluß eines nach dem Tode des Erblassers und vor dem Antritt der Erbschaft erlassenen Gesetzes über Intestaterbfolge, welche wir in der folgenden Abtheilung prüfen wollen.

G. Die Zeit des Erwerbs und die Intestaterbfolge.

Hier tritt nun der Irrthum Savigny's über den Einfluß der Zeit des Erwerbs ganz positiv heraus.

Savigny lehrt hierüber ausdrücklich (S. 489): „Ein nach dem Erbanfall (Zeit des Todes) erlassenes Gesetz hat keinen Einfluß, selbst wenn es in der Zwischenzeit zwischen dem Erbanfall und dem Antritt der Erbschaft erscheint."

Diese Ansicht ist schon vor Savigny diejenige der meisten Autoren gewesen [1]), und durch ihn vollends [2]) zur Consistenz gelangt. [3])

Aber gerade darum ist es um so erforderlicher, diesen ebenso plausibeln als in theoretischer wie praktischer Hinsicht äußerst wichtigen Irrthum einer neuen und genauen Prüfung zu unterwerfen.

Der Widerspruch gegen seinen Satz, sagt Savigny (S. 490), die Abhandlung von Heise und Cropp resumirend, gründe sich hauptsächlich auf folgende Verwechselung: der Grundsatz der

---

1) Sowol der französischen als deutschen; siehe z. B. Weber, Rückanwendung u. s. w., S. 96; Bergmann, Rückwirkende Kraft u. s. w., S. 93—102, 108—113; Chabot, Quest. transit., Thl. 1, Art.: Droits acquis, S. 379, und besonders Merlin, Répert. de Jurisp. v° Effet rétroactif, Sect. III, §. 6, S. 593. Vgl. Koch, Successio ab intestato, §. 45, Nr. III, S. 103 fg., 107—110; Glück, Opuscula jurid., fasc. 4, p. 157—218; Baumeister, Anwachsungsrecht unter Miterben, S. 36—38, 56—58.

2) Vgl. Holzschuher, Theorie des gemeinen Civilrechts (2. Aufl.), I, 51 fg.

3) Gegen dieselbe kann man anführen: Hugo, Lehrbuch des heutigen römischen Rechts, S. 154 (7. Ausg.): „Das angestorbene, angefallene, angebotene Erbrecht gibt an sich keine Rechte", und Heise und Cropp, Juristische Abhandlungen (Hamburg 1830), II, 123—132.

Nichtrückwirkung der Gesetze, sage man, bezwecke blos die Erhaltung erworbener Rechte. Der berufene Erbe habe aber durch den Erbanfall (die Delation) noch gar kein Recht erworben; ein solcher Erwerb trete für ihn erst ein durch den Antritt der Erbschaft, und bis zu dieser könne daher ein neues Gesetz die Erbfolge ändern, ohne sich einer fehlerhaften Rückwirkung schuldig zu machen; beide Momente, Anfall und Erwerb, fielen nur ausnahmsweise zusammen bei dem Suus heres, der ipso jure die Erbschaft erwerbe.

„Allein", entgegnet Savigny hierauf, „durch den bloßen Anfall der Erbschaft ist dem berufenen Erben ein wirkliches Recht in der That schon erworben, und zwar ohne sein Zuthun, selbst ohne sein Wissen: das ausschließende Recht nämlich, die deferirte Erbschaft anzutreten und dadurch in sein Vermögen zu verwandeln, oder aber nach Gutdünken auszuschlagen. Dieses ist ein wahres erworbenes Recht, ebenso sehr wie jedes andere durch den Grundsatz der rückwirkenden Kraft gegen ungehörige Einwirkung neuer Gesetze geschützt, also von einer bloßen Erwartung durchaus verschieden; nur freilich ein Recht ganz anderer Art und geringern Umfangs als das, welches nachher durch den Antritt der Erbschaft entsteht und wodurch ein bisher fremdes Vermögen in eigenes Vermögen des Erben unmittelbar verwandelt wird."

Savigny kann also nicht leugnen, daß die Erbschaft selbst durch die bloße Delation vor der aditio in keiner Weise als erworben angesehen werden kann. Allein das Recht, die Erbschaft anzunehmen oder auszuschlagen, soll, wie dies auch Holzschuher als einen unwiderleglichen Grund hervorhebt, gleichfalls ein erworbenes Recht sein, welches dann in der That durch das neue Gesetz nicht mehr berührt werden könnte.

Aber dieser Einwurf ist nichts weniger als siegreich. Denn 1) dieses Recht, die Erbschaft anzunehmen oder auszuschlagen, ist nichts anderes als ein Optionsrecht, und zwar bei der Intestaterbfolge ein, mindestens seinem sinnlichen Anschein nach legales Optionsrecht des berufenen Individuums. Wir haben aber bereits in §. 4 der Theorie gesehen, daß alle solche Optionsrechte erst durch die Ausübung der Option zu erworbenen Rechten des Individuums werden und bis dahin

einfache Fähigkeiten desselben bleiben, die somit jedem Gesetzwechsel weichen.

Aber auch bei der deferirten testamentarischen Erbschaft ist dieses Recht auf Annahme oder Ausschlagung nur ein solches, zwar nicht legales, weil nicht durch das Gesetz selbst entstandenes, aber durch die Handlung eines dritten Individuums dargebotenes Optionsrecht, welches ganz wie das legale Optionsrecht zu behandeln ist, da es für den nicht-erworbenen Charakter eines Rechts ganz gleich ist, ob dasselbe durch das Gesetz oder die Handlung eines Dritten gegeben ist (vgl. §. 2). Auch ist noch niemand eingefallen zu leugnen, daß eine Schenkung, wie sie vor der Acceptation jederzeit durch den Schenker widerrufen werden kann, so auch — vor der Acceptation — durch ein verbietendes Gesetz unwirksam gemacht und nun nicht mehr vom Beschenkten acceptirt werden kann. Ein Recht, welches der einseitigen Willensverfügung eines Dritten weicht, wird um so mehr der prohibitiven Verfügung des gesammten Volksgeistes weichen. Wie daher die Schenkung nach dem Erscheinen des dieselbe prohibirenden Gesetzes, und trotzdem auch bei ihr der Beschenkte bis dahin das Recht, anzunehmen oder abzulehnen, hatte, nicht mehr acceptirt werden kann, so wird dies ebenso bei der angebotenen Erbschaft, auch der testamentarischen, der Fall sein müssen.

Wenn also für uns das Nichterworbensein des durch Testament oder Intestatgesetz verliehenen Rechts auf Annahme oder Ausschlagung der (römisch-rechtlichen) Erbschaft als eines bloßen Optionsrechts zwar schon nach §. 4 vollkommen feststeht und dort seinen systematischen Beweis und Zusammenhang mit unserer Theorie findet, so wird es dennoch erforderlich sein, diesen Beweis auch auf selbständige Weise zu erbringen. — Er liegt aber handgreiflich darin vor, daß 2), wenn das Recht auf Annahme oder Entsagung einer Erbschaft ein erworbenes Recht wäre, der vor Antretung der Erbschaft sterbende Erbe es seinen Erben transmittiren müßte. Nun transmittirt aber bekanntlich — nach Römischem Recht, wovon, wie wir wiederholen, hier allein die Rede ist — der Erbe nicht, wie schon Donellus [1]) nachgewiesen hat.

---

1) Hugo Donellus, Comment. de jur. civ. (Hanoviae 1612), lib. VII, c. IV, p. 294.

Denn im ältern Römischen Rechte findet die transmissio gar nicht statt [1]), und selbst in der heute vorliegenden Gestalt desselben tritt sie nur ausnahmsweise [2]) in besondern Fällen ein. [3])

Ja, Savigny und die modernen Autoren überhaupt übersehen, daß der Scharfsinn des Donellus schon ganz das Savigny'sche Argument bei dieser Erörterung als Einwurf gegen sich selbst aufgestellt hat, aber auch die Antwort darauf nicht schuldig geblieben ist.

Nachdem Donellus gezeigt, daß, was auch Savigny und die mit seiner Ansicht übereinstimmenden Autoren zugeben, die Erbschaft selbst, als vor der Adition nicht erworben, den Erben nicht transmittirt wird, fährt er also fort: „Sed esto, dicet aliquis; recte placuerit hereditatem, quae defuncto quaesita non est, ad heredes non transmitti, cum nemo plus commodi possit heredi suo relinquere, quam ipse habuit. *At jus adeundi saltem heres habuit; cur* ergo e converso *id non transferat,* cum sit certi juris, heredem in *omne jus* defuncti succedere, quod et ipsum definitio hereditatis efficit?"

Und er antwortet sich darauf: „Eo fit, quia ad ea, quae *personae cohaerent,* hoc jus *non* pertinet; quod *personale* est, ad heredem non transit. [4]) Tale est autem *jus hereditatis delatae adeundae.* Id. enim personale definimus, cui *personae conditio* locum facit [5]), seu in quo alicui tribuendo personae tantum ejus, puta meriti, dignitatis, reverentiae debitae, aut similium rerum personae cohaerentium ratio habetur. [6]) Atqui sic defertur hereditas. Defertur enim

---

1) Vgl. L. 7 C. de jure delib. (6, 30).

2) Zu den daselbst von Donellus aufgezählten Fällen kommt noch der, wenn, wie bei der Abwesenheit in Staatsangelegenheiten, eine restitutio in integrum eintritt, L. 30 pr. de acqu. vel omitt. her. 29, 2 (Ulpian).

3) Und, so befremdend diese Behauptung zunächst klingt, so wird sich später zeigen, daß selbst in diesen Fällen nicht ohne jede Thätigkeit des gestorbenen Erben transmittirt wird.

4) Pomponius, L. 8, §. 3, de liberat. legata (34, 3); Paulus, L. 13 solut. matrim. (24, 3).

5) Paulus, L. 68 de reg. jur. (50, 17).

6) L. 12 und 13 solut. matr. (24, 3).

certis tantum personis, et his ob *meritum, aut conjunctionem sanguinis,* aut aliis de causis *personae cohaerentibus*; puta testamento, scriptis tantum heredibus, ergo quos propriis de causis afficitur testator; ab intestato autem liberis, parentibus, cognatis, aut similibus."

Es wäre also durch Donellus gegen Savigny erwiesen, daß das jus adeundi kein erworbenes Recht — im bisher üblichen Sinne — ist. Ist es aber kein solches, so wäre nach der eigenen oben mitgetheilten Argumentation von Savigny dieser Satz als blos äußerlich dürres Resultat genommen, schon hinreichend, um zu beweisen, daß dies Recht bis zu seiner Ausübung dem Einfluß neuer Gesetze unterliegen muß.

Es ist dies aber ebenso sehr nach der innern ratio der Beweisführung des Donellus der Fall. Das jus adeundi wird nicht transmittirt, weil es ein persönliches Recht des Erben ist, d. h. also auf persönlichen Eigenschaften beruhte. Allein dann muß es auch, trotz der anscheinenden Verschiedenheit zwischen Tod und Gesetzwechsel, vermöge logischer Nothwendigkeit wie mit dem Tod der Person, ebenso auch mit dem durch ein neues Gesetz bewirkten Verschwinden jener persönlichen Eigenschaften und Fähigkeiten vorübergehen, auf denen das persönliche Recht beruhte. Ein Gesetz über Intestaterbfolge, welches gewisse Klassen von Personen auf Grund ihrer persönlichen Eigenschaften (Verwandtschaft) zur Erbfolge beruft, ertheilt ihnen durch diese Berufung (im System des Römischen Rechts) eine Fähigkeit zu einem Erwerb, die bis zum Antritt desselben eine bloße Fähigkeit, gegründet auf das Dasein einer persönlichen Eigenschaft, bleibt. Wenn nun z. B. ein neues Gesetz den Begriff der Cognation bei einem bestimmten Grade, oder den Begriff der Cognation überhaupt aufhebt, so wird man im rechtlichen Sinne gar nicht mehr vom Dasein einer Cognation sprechen können. Die ihm das jus adeundi ertheilende Eigenschaft der Cognation, d. h. die vom Gesetz als wirksam anerkannte persönliche Eigenschaft, ist daher durch den Gesetzwechsel in dem Cognaten ganz ebenso untergegangen, wie durch seinen Tod.

Wenn umgekehrt ein neues Gesetz die Bestimmung aufhebt, daß Agnaten eines entferntern oder gleich entfernten Grades

Cognaten eines nähern oder gleich nahen Grades ausschließen, so wird jetzt durch das Rechtsbewußtsein gar nicht mehr in dem Agnaten eine persönliche Eigenschaft als in ihm vorhanden anerkannt, vermöge deren er einen nähern oder gleich nahen Cognaten schlagen könnte, und die früher vorhandene, jetzt untergegangene Eigenschaft kann jetzt nicht mehr die rechtliche Wirklichkeit beherrschen und eine jetzt erst eintretende Erwerbshandlung bestimmen; oder mit andern Worten:

Das bloße jus adeundi, als ein auf das Dasein persönlicher Eigenschaften gegründetes Recht, geht nothwendig ebenso sehr mit dem factischen Untergange dieser persönlichen Eigenschaften (Tod, Nichttransmission), als mit dem rechtlichen Untergange derselben (durch Gesetzwechsel) zu Grunde.

3) Wir sind aber erst jetzt dahin gelangt, die Sache so zu formuliren, wie sie mit unserer Theorie in wahrhaft innerer und systematischer Uebereinstimmung steht. Es wird nämlich keinem consequent denkenden Leser entgangen sein, daß nach uns das vom Intestaterbrecht deferirte jus adeundi in der That als ein erworbenes Recht anzusehen ist, weil das Intestaterbrecht im Familienrechte wurzelt und, nach uns, alle durch das Familienrecht vermittelten Rechte den Charakter des Erworbenseins haben (s. §. 2, A.). Es muß also zugegeben werden, daß nach uns, wie ganz bedingt und ungewiß auch das Recht sei, einen Lebenden, falls er ohne Testament stirbt, intestatmäßig zu beerben, doch dies ganz eventuelle Recht und zwar schon von der Geburt des Familiengliedes ab (nicht erst vom Tode des Verwandten an) ersterm als durch die Familienzeugung erworben angesehen werden muß. Allein diese blos im Interesse der theoretischen Consequenz erforderliche Rectification ändert an der praktischen Lage der Sache gar nichts. Denn es ist von uns durch §. 7 der Theorie gezeigt, daß jedes noch so sehr, selbst contractlich, erworbene Recht nur auf so lange erworben ist und nur so lange ausgeübt werden kann, bis ihm absolute Gesetze entgegentreten. Intestaterbfolgesetze stellen aber stets absolute Gesetze dar, da es der Privatwillkür nicht frei steht, Abänderungen in ihnen zu treffen. Die Testamentsfreiheit hebt diesen absoluten Charakter der Intestaterbgesetze durchaus nicht auf. Der Erblasser kann testiren, und dann tritt die Intestaterbfolge

gar nicht ein. Aber insofern sie überhaupt einmal eintritt, ist sie eine substantielle feste Ordnung für sich, an der der Erblasser nicht das Geringste verrücken kann. Dies, diese Absolutheit der Intestaterbgesetze, ist, soweit er hier schon in abstracto dargelegt werden kann, der wahre logische Sinn des tiefen, durchaus nicht blos auf formell-historischen Gründen, wie man anzunehmen pflegt [1]), beruhenden römischen Hauptgrundsatzes: Nemo pro parte testatus, pro parte intestatus decedere potest. [2])

Durch neue entgegenstehende Intestaterbgesetze erlischt also wegen der absoluten Natur derselben das bis dahin erworbene Recht des Erben auf den Erwerb der Intestaterbschaft, wenn es bis dahin noch nicht ausgeübt war. Dagegen folgt aus §. 9 mit derselben Evidenz, daß und warum das Eintreten neuer Gesetze dann völlig einflußlos bleiben muß, wenn die Erbschaft bereits von dem Erben in eigenes Vermögen verwandelt worden und daher die Forterxistenz alles Erbrechts überhaupt, oder seines bestimmten Erbrechts insbesondere, indifferent geworden ist.

Es hat sich daher aus der vorstehenden Untersuchung das mit den §§. 7—11 unserer Theorie geistig durchaus übereinstimmende Resultat ergeben, daß neue Gesetze über Intestaterbfolge so lange einwirken [3]), solange die Erbschaft noch

---

1) Z. B. Haubold, Thibaut, Dernburg u. A. Aber auch Gans (Erbrecht, Bd. 2, Kap. 5) faßt das bleibend Wahre in diesem Satze, über den wir im zweiten Bande concreter handeln werden, nicht auf.

2) Vgl. Pomponius, L. 7 de reg. jur. (50, 17); Papinian, L. 15, §. 2, de inoff. test. (5, 2); Paulus, L. 37 de test. mil. (29, 1); Ulpian, L. 1 eod. tit.

3) Es ist noch erforderlich, dies gegen eine gang und gäbe irrige Folgerung zu schützen und hierbei die Richtigkeit unserer Deduction und ihre Uebereinstimmung mit dem Römischen Recht erst vollständig ins Klare zu setzen. Wenn nämlich der zunächst berufene Intestaterbe stirbt oder ausschlägt, so fragt es sich, ob der jetzt nächste Erbe bestimmt wird nach dem Verhältniß des jetzigen Zeitpunkts oder nach demjenigen zur Zeit des Todes des Erblassers. Die Institutionen sagen, daß wenn der Erblasser mit Zurücklassung eines Testaments gestorben und die Intestaterbschaft nur durch Entkräftung desselben eintritt, erst dieser letztere Moment als derjenige, in dem das Eintreten der Intestaterbschaft gewiß geworden sei, für die Bestimmung des proximus den Maßstab gebe; daß dagegen, wenn der Erblasser ohne Testament gestorben, immer der Zeitpunkt des Todes über

nicht erworben worden ist, weil bis zu diesem Erwerb die Fähigkeit zu erben und das Recht des Erben auf diese be-

---

diese Frage entscheide: Inst., §. 6, de legit. adgn. succ. (3, 2): „*Proximus* autem, si quidem nullo testamento facto quisquam decesserit, per hoc tempus requiritur, quo *mortuus* est is, cujus de hereditate quaeritur. Quod si facto testamento quisquam decesserit, per *hoc* tempus requiritur quo *certum* esse coeperit, nullum ex testamento heredem exstiturum, tunc enim proprie quisque *intestato* decessisse intelligitur, quod quidem aliquando longo tempore declaratur; in quo spatio temporis saepe accidit, ut, proximiore mortuo, proximus esse incipiat, qui moriente testatore non erat proximus." Der von dem Fall des entkräfteten Testaments handelnde Theil dieser Regel stimmt offen mit dem im Text Gesagten überein (wird übrigens noch am Schlusse dieser Anmerkung sein wahres Verständniß empfangen). Dagegen kann ihm der für den Tod ohne Testament gegebene Theil der Regel zu widersprechen scheinen. Dies ist jedoch durchaus nicht, und in Bezug auf keine der aus ihr herzuleitenden Folgerungen, der Fall. Denn was zunächst, wenn nur ein Intestaterbe der zunächst Berufene war, die successio graduum betrifft, so ist es klar, daß, wo solche, wie im Justinianeischen Recht (s. §. 7 Inst. ibidem), nach dem Vorgang des prätorischen Rechts bei der Cognatenklasse, einmal eingeführt ist, das Intestaterbfolgegesetz bereits im Augenblick des Todes, wie für den zunächst Berufenen die unmittelbare, so für alle Erben der auf ihn folgenden Grade die eventuelle Delation schon enthält. Dieselben sind also schon von diesem Moment an mit dem eventuellen *jus adeundi* bekleidet, und so bedingt und ungewiß dies erworbene oder legale persönliche Recht der Intestaterben (entsprechend den Vulgarsubstituten des Testaments) auch sei, so werden sie es doch unbedingt so lange behalten müssen, bis sie dasselbe durch einen an ihrer Person eintretenden Untergang desselben verlieren, also durch factischen Untergang ihrer Persönlichkeit (Tod) oder durch rechtlichen Untergang ihrer persönlichen Eigenschaft (Gesetzwechsel). So läßt z. B., auf das schlagendste unsere Theorie überhaupt bestätigend, das Römische Recht das auf einer Adoptivverwandtschaft beruhende Erbrecht hinfällig werden, wenn der adoptivus vor der Adition oder vor der agnitio bonorum possessionis, obgleich schon nach erfolgter Delation der Erbschaft an ihn, emancipirt worden ist, — weil jetzt die persönliche Eigenschaft in ihm, die ihm diese Beziehung zur Erbschaft gab, erloschen ist; s. L. 11 de suis et legit. (38, 16); L. 1 unde legitimi (38, 7); L. 3 unde cognati (38, 8). Aber durch ganz außerhalb ihrer Persönlichkeit liegende und diese nicht berührende factische Veränderung in der bloßen Außenwelt, dadurch also, daß zu der Zeit, wo der zunächst Berufene stirbt oder ausschlägt, inzwischen andere Personen durch Tod u. s. w. zu nähern geworden sind, kann das den Erben einmal übertragene persönliche eventuelle Recht unmöglich beeinträchtigt werden.

Es zeigt sich also der Unterschied zwischen dem Rechtswechsel und

stimmte Erbschaft noch fortdauern muß; daß dagegen jedes solche nach geschehenem Erwerb eintretende Gesetz völlig gleich-

---

dem Wechsel in den thatsächlichen Verhältnissen, daß die nur thatsächliche Veränderung gleichgültig bleibt, wenn sie nicht eine Veränderung in den eigenen persönlichen Eigenschaften der bereits Berufenen darstellt, auf welchen der Successionsanspruch beruhte. Ebenso aber auch wenn mehrere Intestaterben die zunächst Berufenen sind und einer oder einige von ihnen ausschlagen oder sterben. Hier könnte entweder der jetzige Zeitpunkt, in welchem der Erbtheil vacant wird, als Zeitpunkt des Erbanfalls betrachtet und die Intestaterbfolge nach den jetzigen Verhältnissen neu regulirt werden. Oder es könnte bei der Regulirung der Intestaterbfolge durch die Todeszeit stehen geblieben und der vacant gewordene Erbtheil auf dieselbe zurückgeführt werden. Es könnte nun scheinen, daß nach dem im Texte Gesagten der ersten Meinung und also der successio graduum vor dem jus accrescendi der Vorzug ertheilt werden müßte. Dies ist jedoch nicht der Fall, und schließen wir uns vielmehr der durch die vorher mitgetheilte Institutionenstelle gerechtfertigten Ansicht derjenigen Autoren in dieser berühmten Controverse an, welche dem jus accrescendi den Vorzug ertheilen (s. Baumeister, Anwachsungsrecht unter Miterben, §. 5, 7 u. a.). Die Gründe sind einfach. Die Delation der Erbschaft kann durch den Tod oder die Ausschlagung des einen Berufenen nicht weiter rollen und sich neu reguliren, weil sie durch das schon vorhandene persönliche Recht der Miterben festgehalten wird, ein Recht, das in diesen Nichtgestorbenen weder durch factischen Untergang (Tod), noch durch den rechtlichen Untergang ihrer persönlichen Eigenschaften (Gesetzwechsel), aufgehoben ist. Indem also durch das fortdauernde Recht der Miterben auf die bestimmte Delation die Neugestaltung derselben verhindert wird und jeder derselben, als Erbe, auch eine Beziehung auf das Ganze der Erbschaft hat, bleibt von selbst nichts übrig als den vacant gewordenen Theil wie eine Vergrößerung der Erbschaftsmasse zu behandeln und ihn von den Antheilen der Miterben nach dem durch die Delation einmal bestimmten Verhältniß absorbiren zu lassen, d. h. seine Vertheilung nach dem jus accrescendi.

Eine deutliche Bestätigung findet ferner die von uns im Text entwickelte Theorie durch die L. 1, §. 9, sq. ad SC. Tert. et Orph. (38, 17). Dort findet nach Ulpian und Julian die Regulirung des Intestaterbrechts allerdings nach der neuen Zeit, in welcher der zunächst Berufene ausschlägt, statt. Dies widerspricht aber nicht im geringsten dem eben Entwickelten, sondern bestätigt dieses nicht minder als das im Text Gesagte. Der Fall muß nämlich dort so aufgelöst werden: Durch das SC. Tertullianum et Orphitianum (Ulp. Fr. XXIV, §. 8; XXVI, §. 7; cf. Inst., §. 1, III, 3; L. 9 D. h. t. 38, 17) sollte nur der Mutter und den Kindern ein das Erbrecht der Agnaten ausschließendes gegenseitiges civilrechtliches Erbrecht gegeben werden. Schlug nun der Sohn (siehe den

gültig ist, weil durch den Erwerb die bestimmte Erbschaft aufgehört hat und in Erbrecht und Eigenthum überhaupt übergegangen ist.

Hieraus ergibt sich dann von selbst die weitere Folgerung, daß im System des Römischen Rechts solche nach dem Todesfall und vor der Antretung erlassenen Gesetze auf den heres extraneus sofort einwirken, weil dieser erst durch die Adition die Erbschaft erwirbt, daß dagegen unter französischem und unter preußischem Recht, und unter Römischem Recht in Bezug auf den suus heres, alle nach dem Todesfall erlassenen Ge-

---

Fall in der vorher cit. L. §. 11) aus, so fiel die Anwendbarkeit des Senatusconsultum fort und das jus antiquum der Agnaten trat nun dadurch für diese bestimmte Erbschaft wie ein neues Gesetz ein. Bei dem Wechsel des Intestaterbrechts vor dem Erwerb der Erbschaft muß aber, wie wir oben zeigten, die Delation aus den gegenwärtigen Rechtsverhältnissen bestimmt werden (qui *tunc* legitimus deprehenditur, sagt Ulpian), und so bestätigen Ulpian und Julian nur auf das glänzendste unsere obige Theorie, ohne dadurch dem eben über das jus accrescendi Gesagten, wo kein Rechtswechsel, sondern nur der factische Fortfall der Rechte des einen Miterben eintritt, im geringsten zu widersprechen.

Aber durch das Bisherige muß nunmehr auch jetzt erst der Grund klar sein, warum die Institutionen in der obigen Stelle für den Fall der durch Entkräftung des Testaments eintretenden Intestaterbschaft die entgegengesetzte Regel von der für den Fall des ohne Testament erfolgenden Todes aufstellen, die Regel nämlich, daß es in diesem Falle nur darauf ankomme, wer zur Zeit der Entkräftung des Testaments der proximus sei (vgl. Gajus, III, §. 13; L. 1, §. 8; L. 2, §. 5; L. 5 de suis, 38, 16). Fragt man die römischen Juristen nach dem Grunde dieser Regel, so antworten sie, weil es jetzt erst gewiß geworden sei, daß der Verstorbene als ein intestatus gestorben sei [z. B. Gajus l. l. sed eo tempore quo *certum* fuerit *aliquem intestatum* decessisse), oder sie erklären dies wie die Institutionen durch die Fiction, daß der früher Verstorbene als ein jetzt ab intestato Verstorbener zu betrachten sei (tunc enim proprie quisque *intestato decessisse intelligitur*). Aber die spröde Unbehülflichkeit dieses Grundes und resp. dieser Fiction muß sich jetzt bereits durch unsere Theorie zur Durchsichtigkeit ihrer innern Seele aufgehellt haben. Es verhält sich nämlich damit nur ganz so wie in dem zuletzt gedachten Fall. Für diese bestimmte Erbschaft, die bisher vom testamentarischen Erbrecht regiert war, tritt jetzt die Intestaterbordnung als ein für sie neues Gesetz ein, und beim Rechtswechsel sind die Ansprüche nach den zur Zeit des neuen Gesetzes bestehenden rechtlichen Verhältnissen zu reguliren.

setze vollständig einflußlos sind, weil hier der Erbe schon ipso jure durch den Todesfall und ohne weitere Antretung die Erbschaft erworben hat.

Das nackte Resultat des letzten Satzes wäre also der Unterschied des Erbschaftserwerbs ipso jure oder durch Adition als unterscheidendes Kennzeichen des Nichteingreifens oder Eingreifens neuer Erbgesetze. Dies nackte Resultat als solches stimmt auch mit der Behauptung überein, die schon von Andern hin und wieder herüber, wenn auch unter ganz differenter Beweisführung aufgestellt worden ist.[1]) Allein trotz der ihm im Vorstehenden gegebenen breiten und innerlichen Vermittelungsbasis, würde dieses bloße Resultat, obgleich für den äußerlich-juristischen Gebrauch hinreichend, immer noch ein dürres und unlebendiges zu nennen sein, solange sich nicht auch noch die innere Bedeutung jenes Unterschieds zwischen Erbschaftserwerb ipso jure und durch aditio ergeben hat. Denn offenbar erheben sich jetzt hier für das Bedürfniß des tiefer gehenden organischen Erkennens die Fragen: Woher entspringt und was bedeutet dieser Unterschied? Woher kommt das Dasein dieses Unterschieds zwischen französischem und preußischem Recht einerseits und dem Römischen andererseits, und wieder innerhalb des Römischen Rechts selbst zwischen dem suus heres und dem extraneus? Soll ferner Erwerb ipso jure, wie es auf den ersten Blick fast scheinen könnte, einen legalen, d. h. blos durch das Gesetz gegebenen Erwerb darstellen? Wie verträgt sich aber damit, wenn dies auch bei der Intestaterbschaft plausibel erscheinen könnte, daß im französischen und preußischen Recht auch der Testamentserbe, und ebenso im Römischen der suus als scriptus heres, ipso jure erwerben? Diese Fragen leiten uns nun von selbst auf die andere zurück, inwiefern die von uns in §. 2, A., aufgestellte Behauptung wahr und erweislich sei, daß alle Erbschaft einen nicht durch den bloßen Willen eines Dritten oder ein Naturereigniß (Tod) eintretenden, sondern einen auf der eigenen individuellen Willensaction des Erben beruhenden Erwerb darstelle. Ja, diese letztere Frage ist es, welche sich zu den soeben hier aufgeworfenen

---

1) Siehe den oben citirten Aufsatz bei Heise und Cropp; vgl. Troplong, Donations et Testaments, Thl. 1, Nr. 437 fg.

als ihr innerer Mittelpunkt verhält, zu dem jene sich offenbar nur als seine Ausläufer und Seitenfolgerungen darstellen, sodaß wir mit der wahrhaften Beantwortung dieser letztern auch jene von selbst erledigt haben werden.

Zu dieser Behauptung haben wir uns daher jetzt zurückzuwenden und ihren Nachweis aus einer Betrachtung des Wesens des Erbrechts hervorgehen zu lassen, durch dessen Entschleierung auch das Bisherige erst seinen tiefern geistigen Zusammenhang enthüllen wird.

Ende des ersten Theils.

Druck von F. A. Brockhaus in Leipzig.

Rev:
Lassalle.